

# REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Dirigida a Iberoamérica

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTE HONORARIO

**Víctor Fairén Guillén**

*Catedrático de Derecho Procesal, jubilado*

*Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Alfredo Dagnino Guerra**

*Letrado del Consejo de Estado*

**Antonio Dorado Picón**

*Presidente del Colegio Nacional de Secretarios  
Judiciales*

**Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa**

*Presidente del Consejo General de Procuradores  
de España*

**Pedro Gallego Castillo**

*Abogado. Profesor Titular de la Escuela de Práctica  
Jurídica de la U.C.M.*

**Vicente Gimeno Sendra**

*Catedrático de Derecho Procesal*

**Jesús González Pérez**

*Catedrático de Derecho Administrativo*

**Juan José González Rivas**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Rafael Hinojosa Segovia**

*Profesor Titular de Derecho Procesal*

**Francisco de Lucas Fernández**

*Notario. Profesor Titular de la Escuela de Práctica  
Jurídica de la U.C.M.*

**Carlos Magaz Sangro**

*Abogado. Profesor Titular de la Escuela de Práctica  
Jurídica de la U.C.M.*

**Luis Martí Mingarro**

*Decano de I.C. de Abogados de Madrid*

**José Leandro Mtnz.-Cardós Ruiz**

*Letrado del Consejo de Estado*

**Rafael de Mendizábal Allende**

*Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente  
de Sala del Tribunal Supremo, Emérito*

**Juan Montero Aroca**

*Catedrático de Derecho Procesal*

**Alfredo Montoya Melgar**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

**Andrés de la Oliva Santos**

*Catedrático de Derecho Procesal*

**Manuel Ortells Ramos**

*Catedrático de Derecho Procesal*

**Santiago Ortiz Navacerrada**

*Catedrático de Derecho Procesal*

**Miguel Pastor López**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

DIRECTOR

**Pedro Aragonese Alonso**

*Profesor Emérito de la Universidad Complutense*

SECRETARIA

**Sara Aragonese Martínez**

*Profesora Titular de Derecho Procesal*

**Año 2004**

**N.ºs 1-3**

***Intervenciones telefónicas  
y derechos de terceros en el  
proceso penal  
La necesidad de una regulación legal  
del secreto profesional y de otras  
relaciones de confianza***

Lorena Bachmaier Winter  
Prof. Titular Derecho Procesal UCM

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INSUFICIENTE BASE LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y, EN ESPECIAL, LA NECESIDAD DE REGULAR LA AFECTACIÓN DE TERCEROS.—III. LA EXONERACIÓN DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO Y SU RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.—IV. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES DE CONFIANZA Y CONFIDENCIALIDAD FRENTE A LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS EN ALEMANIA: 1. *El derecho a no declarar como testigo en el proceso penal alemán y la exoneración de otros deberes de colaboración con la administración de justicia.* 2. *La protección de las relaciones de confidencialidad frente a la adopción de la medida de interceptación de conversaciones telefónicas.*—V. BREVE PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO.—VI. LAS RELACIONES DE CONFIDENCIALIDAD Y CONFIANZA Y SU INCIDENCIA EN LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA: 1. *Las relaciones de carácter familiar:* 1.1. El fundamento de la exoneración del deber de declarar como testigo por razones de parentesco. 1.2. Las relaciones de parentesco ante la diligencia de la intervención de las comunicaciones telefónicas. 2. *Ministros de culto y protección del secreto religioso.* 3. *El secreto profesional:* 3.1. El abogado defensor y el derecho de defensa. 3.2. La profesión médica y el secreto profesional. 3.3. Los periodistas.—VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La intervención de las comunicaciones telefónicas es una medida restrictiva de un derecho fundamental, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. A diferencia de otras diligencias sumariales, por la propia esencia de la comunicación, ésta afecta no sólo al sospechoso o imputado, sino también a terceros ajenos al proceso penal en el cual se adopta. En el seno de la investigación y esclarecimiento de un hecho delictivo no es infrecuente que se vean afectados los derechos de terceros a través de las diligencias de investigación que se acuerdan en el seno de la instrucción penal.

En ese contexto, nos interesa analizar específicamente la adopción de la medida de interceptación telefónica en casos en que puedan verse afectadas las relaciones de confianza o confidencialidad a las que el ordenamiento jurídico confiere una especial protección. No porque la incidencia de la interceptación telefónica en la esfera de derechos fundamentales de ciudadanos fuera de toda sospecha no sea preocupante. Éste es un tema serio y grave, y por ello, a la hora de adoptar cualquier diligencia restrictiva de un derecho fundamental, debe valorarse con todo rigor si se cumple el principio de proporcionalidad. Al margen de estas garantías, nadie pone en duda que la eficacia en la persecución criminal exige sacrificar ciertos derechos fundamentales, no sólo del imputado, sino también de los terceros que, por ejemplo, mantienen una conversación telefónica con el mismo.

La cuestión se centra en dilucidar si, admitiendo que pueden afectarse derechos fundamentales de terceros ajenos al proceso, también pueden intervenir las conversaciones que el imputado mantiene con sujetos que tienen un deber de confidencialidad o con los cuales tiene una especial relación de confianza. Nos estamos refiriendo a las conversaciones que pueda mantener el imputado con sujetos que están sometidos al deber de guardar secreto, como el abogado, el médico o el confesor, pero también a las conversaciones que mantiene en el seno de la intimidad familiar o las que mantiene el periodista con su fuente de información. La posibilidad de intervenir conversaciones telefónicas que afectan a relaciones de especial confidencialidad está legalmente prevista en la Ley General Penitenciaria<sup>1</sup>. En el ámbito de la instrucción penal, cabe preguntarse si esas relaciones de confidencialidad merecen una tutela es-

<sup>1</sup> L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 1201/1981, de 8 de mayo. Queda fuera del ámbito de este trabajo la intervención de las comunicaciones en las situaciones denominadas de "especial sujeción" y la confusa regulación, no exenta de críticas, en la legislación penitenciaria española.

pecífica frente a medidas de escuchas telefónicas. En su caso, ¿cuáles son esas relaciones de confianza o confidencialidad que justificarían una limitación de la intervención de las comunicaciones telefónicas?

No pretendemos aquí realizar un estudio amplio de la regulación jurídica del secreto profesional o la incidencia de otras relaciones de confianza, como el parentesco, en determinadas actuaciones procesales. Lo que aquí nos interesa destacar es que existen ciertas relaciones de confianza que reclaman especial protección por el legislador y que, de alguna manera, han de ser tomadas en cuenta a la hora de configurar los límites de la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de un proceso penal.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha previsto la exoneración del deber de testificar de determinados sujetos, precisamente por considerar que la salvaguarda de esa relación de confianza o confidencialidad debe prevalecer sobre la eficacia de la investigación penal. Pero, ¿sería ese mismo fundamento aplicable al supuesto de las escuchas telefónicas? ¿Pueden obtenerse datos de un testigo eximido del deber de declarar a través de la intervención de su teléfono, sobre la base de que ese teléfono es utilizado por el imputado? ¿Puede suplirse la falta de declaración de esos testigos exentos por la declaración que pudiera obtenerse interviniendo sus comunicaciones telefónicas?

Estas son algunas de las cuestiones que pretendemos abordar en este trabajo. Naturalmente, para dar respuesta a las mismas, lo primero que ha de clarificarse es cuáles son las relaciones de confidencialidad o confianza que merecen especial protección en nuestro ordenamiento jurídico y cuál es el fundamento de esta protección. En el contexto actual de una ausencia de regulación legal de esta materia en el ordenamiento jurídico español, hemos considerado que, para abordar las mencionadas cuestiones, podía ser especialmente útil e ilustrativo exponer el tratamiento y las dudas suscitadas sobre esta materia en el derecho comparado.

## II. LA INSUFICIENTE BASE LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y, EN ESPECIAL, LA NECESIDAD DE REGULAR LA AFECTACIÓN DE TERCEROS

La interceptación de comunicaciones telefónicas realizada en el proceso penal constituye una injerencia por una autoridad estatal en el derecho fundamental a la vida privada y al secreto de las comunicaciones. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, esas injerencias suponen una violación del art. 8 del CEDH a menos que cumplan una serie de requisitos, que pueden resumirse en los siguientes: que se efectúe de conformi-

dad con la ley, el fin perseguido sea legítimo en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 8, y, por último, que la medida sea necesaria dentro del ámbito de una sociedad democrática para la persecución de esos fines definidos como legítimos.

El TEDH no sólo ha exigido que la adopción de estas medidas tenga una base legal, sino también que esa regulación sea suficientemente accesible a los ciudadanos, de manera que quienes puedan verse afectados por la norma tengan la posibilidad de conocer adecuadamente su significado y prever las consecuencias de su conducta. El requisito de la previsibilidad implica que la ley nacional debe regular de modo suficientemente claro y detallado las circunstancias y condiciones bajo las cuales una autoridad pública puede adoptar las medidas clandestinas de intervención de las comunicaciones<sup>2</sup>. Los requisitos mínimos para cumplir con la exigencia de una suficiente previsión legal fueron definidos nítidamente en las sentencias *Huvig v. Francia* y *Kruslin v. Francia*<sup>3</sup>.

En España, la posibilidad de acordar la intervención de comunicaciones telefónicas en el seno de un proceso penal está prevista en el art. 579 LECrim, según la redacción dada por la LO 4/1988, de 25 de mayo<sup>4</sup>. Con esa reforma se pretendió cubrir la ausencia de regulación legal de las medidas de intervención telefónica y dar respuesta a la necesidad de desarrollo legal del contenido del art. 18.3 de nuestra Constitución<sup>5</sup>. El art.

<sup>2</sup> Vid. los casos *Klass and Others v. Germany*, 6.9.1978; *Malone v. United Kingdom*, 2.8.1984; *Kruslin v. France*, 24.4.1990 y *Huvig v. France*, 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, 25.3.1998; *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998; *Amman v. Switzerland*, 4.5.2000; y más recientemente, *Prado Bugallo v. Spain*, 18.2.2003).

<sup>3</sup> Tal y como se reitera en la sentencia *Valenzuela Contreras v. España*, la ley debe contener: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad" (*loc. cit.*, §35 y §34).

<sup>4</sup> Acerca de las escuchas telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico existe una abundantísima bibliografía; entre otros, analizan de manera monográfica esta diligencia: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid 1989; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid 1991; R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995; J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia 1999; A. P. RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra 2000;

<sup>5</sup> En la sentencia *Valenzuela Contreras* el Tribunal Europeo decidió que se había producido una violación del art. 8 del Convenio porque la ley española (*both written and unwritten*) no cumplía adecuadamente el requisito de previsibilidad legal, al no indicar con suficiente claridad el ámbito de poder de injerencia y el modo en que la medida debía adoptarse.

579 LECrim confiere una base legal, pero es claramente insuficiente para cumplir las exigencias establecidas por la doctrina del TEDH, tal y como ha señalado de manera unánime nuestra doctrina<sup>6</sup> y se declara en la sentencia del caso *Prado Bugallo v. España*<sup>7</sup>. Esa laguna legislativa se ha cubierto en gran medida gracias a la doctrina elaborada por la jurisprudencia en la cual, especialmente a partir del ATS de 18 de junio de 1992, se han ido definiendo los requisitos que han de observarse en la adopción de las escuchas telefónicas para que sean constitucionalmente legítimas<sup>8</sup>. En relación con esa jurisprudencia el TEDH, tanto en la sentencia *Valenzuela Contreras* como en la sentencia *Prado Bugallo* ha reconocido "los esfuerzos que han realizado tanto el legislador como los jueces en orden a introducir tanto en la ley como en la jurisprudencia las garantías exigidas por el Convenio en el ámbito de la intervención de las comunicaciones" y señala que el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 constituye el mejor ejemplo en ese sentido.

Sin embargo, a pesar de esos importantes avances —fundamentalmente jurisprudenciales— en orden a perfilar los requisitos y límites de la legitimidad legal y constitucional de las medidas de intervención telefónica, la regulación legal continúa siendo insuficiente, tal y como ha declarado expresamente nuestro Tribunal Constitucional en la STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003. En efecto, son aún muchos los puntos que precisan una concreta y detallada regulación para cumplir con las exigencias derivadas de la doctrina del TEDH. Falta en nuestro orde-

se. Ha de recordarse que, en ese caso, la intervención telefónica se había acordado con anterioridad a 1988, sobre la base del art. 18.3 de la CE. A pesar de que la medida acordada en ese caso cumplía con todas las garantías establecidas por el TEDH, la calidad de la ley, el art. 18.3 CE, no cumplía adecuadamente el requisito de previsibilidad legal. Sobre el art. 18.3 CE como base legal insuficiente para acordar diligencias restrictivas de derechos fundamentales, vid. V. MORENO CATENA, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en la obra colectiva *Jornadas sobre la justicia penal en España*, CGPJ, Madrid 1987, págs. 155-161; y J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, "RDC", 1987, núm. 20, págs. 35-82, 58.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas...*, *cit.*, pág. 182; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, *cit.*, pág. 42.

<sup>7</sup> En esa ocasión la interceptación de las comunicaciones del Sr. Prado Bugallo se efectuó en virtud del art. 579 LECrim tras la reforma de 1988. No obstante, el Tribunal considera que ese precepto adolece de una excesiva vaguedad y por tanto no es suficiente para cumplir los requisitos exigidos por la doctrina del TEDH para garantizar una adecuada protección a los ciudadanos frente al abuso del poder de las autoridades públicas (vid. §§29-30).

<sup>8</sup> Vid. A. MONTÓN REDONDO, *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, "La Ley" 1995-4, págs. 1043-1052; V. GIMENO SENDRA, *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, "La Ley", 1996-2, págs. 1617-1624; M. I. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, *Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial*, "Rev. Gral. Dcho.", 1996, núm. 618, págs. 1701-1724.



namiento jurídico una previsión legal clara acerca de aspectos tan importantes como el límite temporal máximo, los elementos a tomar en cuenta para valorar la proporcionalidad de la medida, el modo concreto en que ha de llevarse a cabo la intervención, las medidas de intervención de comunicaciones realizadas a través de Internet, o las garantías para la custodia de las cintas originales.

Entre los aspectos que requieren ser regulados se encuentra igualmente la cuestión de la afectación de terceros. Como es sabido, en la ejecución de una escucha telefónica son grabadas conversaciones de terceros respecto de los cuales no existe ningún indicio delictivo, pero cuyo derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se ve afectado por el hecho de mantener una conversación telefónica con el destinatario de la medida. En ese contexto, resulta especialmente problemático definir los límites de la intervención de las comunicaciones cuando se ven afectados los sujetos en los que concurre un deber de secreto profesional (abogados, religiosos, etc.)<sup>9</sup>, o bien sujetos que por la relación de parentesco que tienen con el imputado, estarían dispensados de su deber de declarar como testigos. En concreto, es preciso clarificar qué derechos fundamentales se ven afectados, cómo incide esa afección en la valoración de la proporcionalidad de la medida y, en último término, en qué circunstancias y bajo qué condiciones cabría llevar a cabo la intervención de conversaciones de esos sujetos, aspectos todos estos que no figuran regulados en nuestra LECrim.

Hemos optado por delimitar el ámbito de nuestro estudio a la diligencia sumarial de las escuchas telefónicas, no sólo por su importancia en la

<sup>9</sup> Sobre el problema de la afección de los derechos de terceros advierte expresamente la STC 184/2003, FJ 5º: "Pero, además, tampoco regula expresamente (el art. 579 LECrim) y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 LECrim sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE)".

realidad procesal penal, sino porque en su ejecución de ordinario se ven afectados derechos de terceros, y con gran frecuencia derechos de terceros que mantienen una especial relación de confianza o confidencialidad con el imputado<sup>10</sup>.

### III. LA EXONERACIÓN DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO Y SU RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Para saber en qué casos debería estar limitada la intervención de las comunicaciones telefónicas es preciso definir cuáles son esas relaciones de confianza o confidencialidad a las cuales se confiere especial consideración y protección en nuestro ordenamiento jurídico. En este punto, en el derecho comparado suele partirse de la regulación de la exención del deber de declarar como testigo en el proceso penal. Tomando como referencia la lista de sujetos exentos del deber de testificar, se pasa a valorar si las relaciones de confianza que se protegen mediante esa exoneración también deben ser protegidas frente a la adopción de otras diligencias sumariales. Como, al regular la exoneración del deber de declarar se incluye un amplio listado de los sujetos que por su especial relación de parentesco o confidencialidad con el imputado, gozan de tal exención del deber de colaborar, todas las demás limitaciones al deber de colaborar —ya sea activa o pasivamente— suelen remitirse a ese listado. El camino que suele seguirse consiste, por tanto, en analizar cuál es el fundamento de la exoneración del deber de declarar como testigo, para, a partir de ahí valorar si ese mismo fundamento justifica también que se excluya o limite la práctica de otras diligencias de investigación y entre ellas, las escuchas telefónicas frente a esos sujetos.

Veremos que, aun siendo útil, este mismo planteamiento no es plenamente aplicable en el sistema procesal español, fundamentalmente debido a que el listado de sujetos exonerados del deber de colaborar como testigos en el proceso penal, no está tan desarrollado como en otros sistemas jurídicos. En nuestro ordenamiento jurídico hemos de partir del art. 24.2 CE, en el cual se dispone que "la ley regulará los casos en que por

<sup>10</sup> Deliberadamente dejamos sin abordar, por ejemplo, la problemática cuestión de si la protección de las relaciones de confianza que justifican la excepción al deber de declarar como testigo también justificaría la exención de otros deberes de cooperación con la Administración de Justicia o la limitación de otras diligencias sumariales como la entrada y registro en lugar cerrado. Queda asimismo fuera del ámbito de este trabajo la problemática de los secretos oficiales.

razón de parentesco o secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". El constituyente confirió así a esta materia un rango constitucional, defiriendo al legislador ordinario la regulación de los diversos supuestos de exención de la obligación de testificar. Pero lo cierto es que, desde la promulgación de la CE no se ha acometido ese desarrollo legal, por lo que el art. 24.2 CE ha de reconducirse a la realidad jurídica preexistente, esto es, las normas que dispensan del deber de declarar como testigo en la LECrim, en concreto los arts. 416 a 418. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, las relaciones de confianza que reclaman un tratamiento especial en el proceso penal no están enumeradas de manera completa en nuestra LECrim. Estos preceptos, lejos de contener un listado amplio y exhaustivo de todos los sujetos que deberían estar exonerados de cooperar a través de su testimonio con la administración de justicia, contienen una parca enumeración que, a nuestro juicio, no ha sido debidamente actualizada<sup>11</sup>. Por citar un ejemplo, deja sin resolver la compleja materia del secreto profesional, al no contemplar todos los supuestos en los que existe un deber de secreto profesional ni especificar el concreto alcance de la exoneración del deber de declarar en esos casos.

Por ello, para analizar los problemas que se derivan de la afectación de terceros en la práctica de las intervenciones telefónicas no podemos tomar como referencia exclusiva los supuestos que la LECrim toma en consideración para exonerar del deber de declarar como testigos, al igual que no puede abordarse este análisis únicamente desde la perspectiva de una aplicación extensiva o analógica de la norma que regula la exención de declarar como testigos. Ahora bien, el tema de la afectación de terceros por medio de las escuchas telefónicas no se encuentra desconectado de las exoneraciones del deber de declarar como testigos, puesto que el fundamento que subyace en ambos casos es la existencia de una relación de confianza que puede ser merecedora de una protección específica. Si se llega a la conclusión de que una determinada relación de confianza debe prevalecer frente a la práctica de una actuación procesal, en nuestro caso las intervenciones telefónicas, esa misma relación de confianza lógicamente habría de ser considerada como un supuesto de exoneración del deber de declarar como testigo. En definitiva, para el análisis del tema de las escuchas no podemos limitarnos a la regulación positiva de nuestra LECrim del derecho a no declarar como testigo por ser excesiva-

<sup>11</sup> Así también J. BERNAL VALLS, *cit.*, pág. 10 quien considera que tal regulación "resulta ser demasiado simplista y tímida en cuanto a los supuestos e hipótesis que admite".

mente parca, pero ello no obsta que pueda enfocarse desde esa perspectiva, en la medida en que la *ratio* que subyace en ambos casos es análoga.

Históricamente, la exoneración del deber de declarar como testigos enlaza con la necesidad de la búsqueda de la verdad, lo que provocaba que determinados testigos, por su relación con el encausado, se consideraran inhábiles o inidóneos debida a la escasa credibilidad de su testimonio. La transformación de las prohibiciones de declarar en exoneraciones de declarar se produce en el siglo XIX, dentro de la corriente procesal liberal que supera las rígidas reglas probatorias y generaliza el principio de la libre valoración de la prueba. A partir de entonces, la dispensa del deber de declarar como testigos se basa en la existencia de un conflicto que surge por enfrentarse el deber de declarar a otros deberes jurídicos o morales. En el derecho histórico español, a partir de la prohibición de declarar como testigos a una larga lista de sujetos por razón de parcialidad, desde la Ley provisional de 1872 ya se reduce el número de supuestos y se deja a la elección del afectado la decisión de abstenerse o no de declarar<sup>12</sup>.

La fundamentación del derecho a no declarar como testigo es heterogénea en la medida en que los diversos tipos de relaciones y secretos obedecen a distintos fines<sup>13</sup>. No obstante, comparten notas definitorias comunes, pues en todas ellas está presente la existencia de un secreto, de la ocultación de unos hechos<sup>14</sup> cuyo depositario se encuentra legal o moralmente obligado a no desvelar. Ese secreto sirve a su vez para la protección de otros valores o derechos y su importancia explica que se constituyan como un límite del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva "no en base a una norma aislada, sino en base al contexto de toda la regulación constitucional de los derechos fundamentales"<sup>15</sup>. De ahí que, cuando ese deber de secreto o fidelidad, fundado en intereses sociales tutelados a través de derechos fundamentales, entra en conflicto con el deber de declarar como testigo en el proceso penal, se permita al depositario del secreto eximirse de tal obligación<sup>16</sup>. En el ámbito del proceso penal, el derecho a no declarar como testigo se configura así como un

<sup>12</sup> V. MORENO CATENA, *cit.*, págs. 108 y ss.

<sup>13</sup> Así ya A. WACH, *Das Recht auf Zeugnisverweigerung*, GS 66 (1905), págs. 1 y ss., 5, citado por K. F. GÄRDITZ y C. F. STUCKENBERG, "Zur Funktion und Ratio der Zeugnisverweigerungsrechte im Strafverfahren", en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen*, *cit.* págs. 99-133, 99.

<sup>14</sup> V. MORENO CATENA, *cit.*, pág. 78.

<sup>15</sup> J. BERNAL VALLS, *cit.*, pág. 12.

<sup>16</sup> Como señala J. BERNAL VALLS, *cit.*, pág. 12 en el fondo se encuentra la tensión dialéctica entre "el interés social en el mantenimiento de una tutela judicial efectiva de derechos, que se pretende hacer efectiva en un proceso con todos los medios de prueba necesarios, y el interés social en la conservación y defensa —por medio del secreto— de otros derechos o valores", también protegidos por el ordenamiento jurídico.

"instrumento por medio del cual se protege la confianza existente en ciertas relaciones, confianza que el legislador considera digna de tutela hasta el punto de poder excluir el órgano jurisdiccional y a las partes de la utilización de un medio probatorio"<sup>17</sup>.

La cuestión se centra en dilucidar si la protección de esos intereses sociales que subyacen a la exoneración del deber de declarar como testigo también justificaría en su caso que se limite la intervención del teléfono que se utiliza para la realización de esas comunicaciones amparadas por el deber de secreto o fidelidad.

En la doctrina española, hasta el momento, sólo aisladamente se encuentra alguna referencia a la afectación de estas relaciones de confidencialidad como consecuencia de la adopción de diligencias sumariales restrictivas de derechos fundamentales, en concreto de las intervenciones telefónicas. No obstante, los autores que se han ocupado del estudio de esta materia reconocen de manera unánime que el secreto profesional del abogado constituye un límite objetivo para la intervención de las comunicaciones telefónicas y, en consecuencia, afirman que la interceptación de las conversaciones de los sujetos amparados por el deber de secreto profesional, es ilícita<sup>18</sup>. Respecto de los demás supuestos de secreto profesional, no hemos encontrado una valoración de la incidencia del mismo en la práctica de las intervenciones telefónicas.

Antes de analizar los supuestos particulares que habrían de ser considerados en el proceso penal español como límites a la práctica de escuchas telefónicas en un proceso penal, creo que puede resultar ilustrativo ver las soluciones adoptadas en países de nuestro entorno y los problemas que han generado, con especial consideración del proceso penal alemán, en cuyo ordenamiento jurídico está abierto el debate sobre esta materia.

#### IV. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES DE CONFIANZA Y CONFIDENCIALIDAD FRENTE A LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS EN ALEMANIA

##### 1. El derecho a no declarar como testigo en el proceso penal alemán y la exoneración de otros deberes de colaboración con la administración de justicia

Desde su promulgación, la StPO alemana ha buscado dar adecuada protección a las relaciones de confianza en la regulación de las diligencias

<sup>17</sup> V. MORENO CATENA, *cit.*, pág. 105.

<sup>18</sup> Las referencias a la doctrina española se desarrollan en el epígrafe VI.

sumariales y probatorias en el proceso penal. Inicialmente sólo se contemplaban esas relaciones de confianza desde el punto de vista de la exoneración de declarar como testigo, pero posteriormente, como consecuencia de una suerte de vis expansiva de ese derecho a no declarar, también se ven amparadas en relación con otras diligencias, y han servido de fundamento para exonerar del deber de cooperar con la administración de justicia en el marco procesal penal. La regulación de los conflictos presentes en el proceso penal en los casos en que entran en colisión la protección de una esfera de confianza e intimidad y el interés público en la represión del crimen, han sido también objeto de minucioso análisis por parte de la doctrina<sup>19</sup>.

En la doctrina alemana, a la hora de analizar los límites de las diligencias sumariales frente a terceros no sospechosos, se toma como punto de partida la regulación del derecho a no declarar como testigo. A partir del análisis del fundamento de esa exoneración, el planteamiento se centra en determinar si ese derecho a no declarar justifica la limitación de otras diligencias restrictivas de derechos fundamentales y, entre otras, de las intervenciones telefónicas. Ese modo de analizar puede resultar peculiar desde la perspectiva procesal española, pero creo que está justificado en el ámbito alemán. Resulta sensato, si se tiene en cuenta que en la regulación de la exoneración del deber de declarar ya han quedado fijadas cuáles son, desde el punto de vista del legislador, las relaciones de confianza o confidencialidad que han de ser tuteladas frente a la actuación procesal llevada a cabo en la investigación de un delito. Ello explica también que, al fijar los límites subjetivos y objetivos de otras diligencias, el precepto correspondiente realice una remisión al precepto que regula el derecho a no declarar como testigo<sup>20</sup>. Por ello, para la exposición de la materia de las escuchas telefónicas en el proceso penal alemán, partiremos de la regulación del derecho a no declarar como testigo.

En la redacción inicial de la StPO de 1877<sup>21</sup> estaban eximidos de declarar respecto de aquello que el imputado les hubiera confiado los pa-

<sup>19</sup> Es tan abundante la bibliografía sobre esta materia que carece de sentido intentar reflejarla ahora en nota a pie de página.

<sup>20</sup> Es usual que se utilice el término *Zeugnisverweigerungsrecht* —literalmente traducido, "derecho a negarse a testificar"— no sólo en relación con el interrogatorio del testigo, sino también referido a otras diligencias sumariales. Desde nuestra óptica resultaría muy peculiar aludir al "derecho a no declarar como testigo en las inspecciones corporales o en relación con el deber de exhibición de objetos de prueba", pero es la terminología habitual en el ámbito jurídico procesal alemán. Con ello se alude a la exoneración del deber de cooperar o la imposibilidad de aplicar la medida de manera coercitiva sobre alguno de los sujetos que están exentos del deber de declarar como testigos.

<sup>21</sup> *Strafprozessordnung* de 1 de febrero de 1877. Sobre la evolución histórica del derecho a no declarar como testigo, vid. B. KARITZKY, *Die Geschichte der Zeugnisverweigerungsrechte*, Heidelberg 1959.



rientes del imputado, los eclesiásticos, el defensor, los abogados y los médicos. En sucesivas reformas, la lista de personas exentas del deber de declarar se ha ido ampliando progresivamente. Primero se extendió a notarios, auditores, asesores fiscales, dentistas, farmacéuticos, matronas, parlamentarios, psiquiatras, psicólogos, psicoterapeutas, profesionales de los medios de comunicación<sup>22</sup>, y más adelante a asesores y asistentes sociales<sup>23</sup>, y a los colaboradores y ayudantes de los profesionales enumerados en el §53 StPO<sup>24</sup>. La última reforma data de 2002, y en ella se ha ampliado el ámbito de la protección del secreto periodístico<sup>25</sup>. En el momento presente, los §§52 y 53 y 53a StPO regulan de manera muy detallada los supuestos en los que determinadas personas por motivos personales o motivos derivados del ejercicio de una profesión o cargo están eximidas de declarar como testigos.

El §52 StPO enumera los sujetos que por razones personales tienen derecho a no declarar como testigos: 1) el prometido/a; 2) el cónyuge, aunque el matrimonio ya no subsista; 3) quien mantenga con el imputado una relación asimilable al matrimonio (*Lebenspartner*), aunque esa relación ya no subsista; 4) los parientes en línea directa, y los parientes en línea colateral hasta el hasta el tercer grado o hasta el segundo por afinidad.

El §53 StPO recoge un amplio listado de sujetos que por razón del ejercicio de su profesión o cargo tienen derecho a no declarar como testi-

<sup>22</sup> Reforma introducida en el §53 por la ley de 4 de agosto de 1953.

<sup>23</sup> Reformas introducidas en el año 1974 y 1992, motivadas por la legislación en materia de aborto y de lucha contra la drogadicción. La exención se limita a los asistentes sociales que actúan en ese ámbito y desarrollan sus funciones en uno de los centros reconocidos. Vid. O. HEINSEN, *Die Zeugnisverweigerungsrechte von Mitarbeitern sozialer Beratungsstellen gemäß §§53, 53a, 54 StPO*, Konstanz 2003;

<sup>24</sup> Conforme al §53a StPO los ayudantes y colaboradores de los profesionales enumerados en el §53.1.1 apartados 1 a 4 tienen derecho a no declarar como testigos respecto de aquellos datos que conocieran como consecuencia de su trabajo de asistencia o colaboración. Sobre el ejercicio de su derecho a no declarar decidirán los profesionales para los cuales prestan servicios. Vid. N. HARENNE, *Das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer nach §53 StPO*, Münster 2002.

<sup>25</sup> *Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung* de 15 de febrero de 2002, que modifica el §53.1.5 StPO, mediante el cual el derecho de los profesionales de los medios de comunicación no se limita a silenciar las fuentes de información o a no revelar los datos que les han sido confiados, sino que se extiende a las informaciones obtenidas a través de sus propias investigaciones (*selbstrecherchiertes Material*). También se incluye el derecho a guardar silencio acerca de aquellos datos o hechos que hayan percibido u observado en el desarrollo de su profesión (*berufsmäßige Wahrnehmungen*), precepto que ha sido objeto de amplia crítica. Vid. M. OLLENDORF, *Der Schutz der Recherche in strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a. Main, 1991. K. H. KUNERT, *Erweitertes Zeugnisverweigerungsrecht der Medienmitarbeiter – Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 15.2.2002*, NSfZ, 2002-4, págs. 169-175.

gos: 1) los religiosos, respecto de aquello que les haya sido confiado o hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones de "asesor espiritual" (traducción libre que hacemos del término alemán de *Seelsorger*, literalmente "cuidador de almas"); el abogado defensor; abogados, notarios, auditores, asesores fiscales, médicos, dentistas, psicólogos, psicoterapeutas, farmacéuticos y comadronas; miembros de los centros de asesoramiento en materia de interrupción del embarazo; asesores de los centros oficiales de atención a drogodependientes. Respecto de los anteriores sujetos, el derecho a no declarar como testigo se refiere a los hechos que les hayan sido confiados o de los que haya tomado conocimiento como consecuencia del ejercicio de la profesión o cargo. A esta lista se añaden los parlamentarios, quienes quedan eximidos de la obligación de declarar respecto de los hechos que les hayan sido confiados en su calidad de representante parlamentario, así como de la identidad del sujeto que les haya revelado esos hechos; por último, la lista se cierra con la compleja y controvertida regulación del derecho de los periodistas (de cualquier medio de comunicación) a no declarar como testigos respecto de sus fuentes de información, así como de cualquier información investigada por ellos mismos.

Sobre la base del derecho a no declarar como testigo, el legislador regula otras exoneraciones del cumplimiento del deber de colaboración con la administración de justicia deberes. En concreto, los sujetos enumerados en los §§52 y 53 StPO están eximidos de la obligación de exhibir objetos que pudieran constituir elementos de prueba del delito<sup>26</sup>. Y, en la práctica de un registro, tampoco podrá recogerse la correspondencia de alguno de ellos con el imputado, ni notas o grabaciones de las conversaciones mantenidas con el imputado y que el correspondiente profesional o eclesiástico guarde en su poder<sup>27</sup>. La justificación de esta exoneración se ha descrito de manera muy ilustrativa diciendo que "aquello que la boca no tiene que revelar tampoco se le puede arrancar a la mano"<sup>28</sup>. Las restricciones de estas diligencias de investigación se motivan en la especial protección de confianza que existe o debe existir en relación con las personas enumeradas en los §§52 y 53 StPO, y en la necesidad de que el significado y fundamento de la exención de declarar como testigos no se

<sup>26</sup> §95 (2) StPO, *Herausgabepflicht*.

<sup>27</sup> §97 StPO *Beschlagnahmefreie Gegenstände*. Sobre esta materia, vid., B. HEIKO, *Absolute oder relative Wirkungen von strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten*, Münster 1999; M. GÖRTZ-LEIBLE, *Die Beschlagnahmeverbote des §97.1 StPO im Lichte der Zeugnisverweigerungsrechte*, Tübingen 2000.

<sup>28</sup> Expresión de Dünnebier, citado por K. H. GROß, *Verteidiger, Abgeordnete und Journalisten als verbotene unfreiwillige Medien zur strafprozessualen Aufklärung*, StV 10/96, págs. 559-566, 560.

vea desvirtuado a través de otras diligencias de investigación. En este sentido, se argumenta que sería ilusorio que quien no se encuentra obligado a declarar como testigo sí tuviera el deber de entregar el material o los documentos en los que se contenga la información que hubiera podido silenciar en un interrogatorio.

Más difícil resulta relacionar el derecho a no declarar como testigo con la negativa a someterse a inspecciones corporales o extracciones de sangre, inspección que es obligatoria, salvo para las personas enumeradas en los §§52 (parientes)<sup>29</sup> y las que figuran en el §53.1 a 3 StPO (eclesiásticos, defensor y los que por razón de su profesión están eximidos de declarar como testigos. Sólo quedan excluidos los representantes parlamentarios y los periodistas)<sup>30</sup>.

## 2. La protección de las relaciones de confidencialidad frente a la adopción de la medida de interceptación de conversaciones telefónicas

En la búsqueda del necesario equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la eficaz represión del crimen, el sistema procesal penal alemán se caracteriza por prestar un especial cuidado en que los deberes de cooperación y las medidas coercitivas no colisionen con otros deberes extraprocesales fundados en derechos fundamentales merecedores de igual o superior protección. De ahí que el listado de personas eximidas del deber de declarar se configure de manera muy amplia<sup>31</sup> y que la ratio que subyace a esas exenciones sea tomada en cuenta en la adopción de otras diligencias sumariales. En ese contexto llama la atención la ausencia de regulación específica de esta materia en relación con

<sup>29</sup> Al respecto, vid. B. SUFFA, *Das Untersuchungsverweigerungsrecht aus §81 c Abs. 3 StPO als Beweiserhebungsverbot*, Frankfurt a. Main, 2003, págs. 11 y ss.

<sup>30</sup> §81 c (3) StPO, *Untersuchung anderer Personen*. La limitación subjetiva en la realización de esta diligencia sumarial se fundaba sobre la base de que estos sujetos no deberían ser obligados a través de esas medidas a que su cuerpo se convirtiera en medio de prueba. Si se les eximía del deber de colaborar a través de la declaración testifical, y ésta justificaba que tampoco tuvieran que cooperar con la entrega de determinados documentos, se adujo que la ley tampoco podía obligarles a que su propio cuerpo sirviera como elemento de prueba para inculpar al imputado unido por la relación de confianza o confidencialidad. Al respecto, vid. P. SCHMITT, *Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen*, Berlin, 1993, págs. 42 y 43.

<sup>31</sup> A pesar de esa amplitud, se cuestiona si no debería ampliarse a otros sujetos, en concreto a los investigadores, a los cuales, para el desarrollo de su investigación se les confían datos confidenciales. Sobre esto K. WEIS, "Die Ausnutzung der Beforschten und das Zeugnisverweigerungsrecht des Forschers", en *Forschung im Konflikt mit Recht und Ethik* (ed. A. Eser), Stuttgart 1976, págs. 220-240.

las intervenciones telefónicas y que la regulación del derecho a no declarar como testigo, sin embargo, no se encuentre reflejada hasta el momento ni en relación con las intervenciones telefónicas ni en relación con la intervención de las comunicaciones postales.

La introducción de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal alemán en el año 1968 estuvo acompañada de múltiples debates, pero en ellos no se suscitó la cuestión de la afectación de los derechos de terceros sometidos a deber o derecho de secreto. La ausencia de regulación ha dado lugar a diversas interpretaciones: mientras para algunos deriva de la intención del legislador de no excluir la intervención telefónica respecto de los terceros afectados por una relación de confidencialidad<sup>32</sup>, para la mayoría se trata de una laguna del legislador que ha de ser integrada con otras normas<sup>33</sup>. La posición de la doctrina, sin embargo, sí es unánime a la hora de lamentar la ausencia de una regulación clara que responda a las preguntas acerca de si pueden ser intervenidas las conversaciones o los teléfonos de los terceros enumerados en los §§52 y ss. StPO; y, en su caso, cuál debe ser el alcance de esa intervención.

En relación con las conversaciones del abogado, aunque al regular la medida de intervención telefónica nada se diga al respecto, la limitación se impone como consecuencia de otra norma de la StPO, el §148, donde expresamente se declara que las comunicaciones orales o escritas entre el abogado y su defendido no son susceptibles de ser controladas. Al respecto, la doctrina reconoce de manera unánime que el teléfono del abogado del imputado no puede ser intervenido<sup>34</sup>. El Tribunal Supremo alemán, sobre esta base, ha sostenido que la medida de intervención te-

<sup>32</sup> G. WERLE, *Schutz von Vertrauensverhältnissen bei der strafprozessualen Fernmeldeüberwachung?* JZ. 10/1991, págs. 482-488, quien sostiene que el legislador, en el momento de promulgarse la ley, conocía los supuestos deber de secreto y las normas referidas a los mismos en la StPO, y de ahí concluye que, si la ley no contempla la exclusión, la medida es aplicable también frente a los terceros sometidos a deber de secreto profesional o con los cuales existe una relación de confianza.

<sup>33</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la ley de 13 de agosto de 1968 sobre interceptación de comunicaciones telefónicas, en ningún momento se alude a los sujetos exonerados del deber de declarar como testigo al amparo de los §§52 y 53 StPO. Se piensa que ello fue debido a que el legislador sólo tenía in mente la posibilidad de la adopción de la medida en relación con los supuestos normales, esto es, excluyendo aquellos supuestos en los que no se viera afectada una relación de confidencialidad. Así, H. J. RUDOLPHI, "Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach §§100, a, b StPO", *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen, 1975, pág. 435. En igual sentido, A. NACK, en el comentario al §100 a StPO en *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, München 2003, págs. 483-484.

<sup>34</sup> Vid., por todos, KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, Comentario al §100 a StPO, *Beck'sche Kurzkommentare*, München 1995, pág. 296.



lefónica se encuentra limitada por la relación abogado-imputado, por lo que no cabe intervenir sus conversaciones; y, en el caso de que éstas hubieran sido interceptadas, carecen de eficacia probatoria. Esta prohibición es relativa, no obstante, pues se admite la licitud de la escucha en los casos en que el abogado sea también sospechoso de la comisión del delito investigado<sup>35</sup>.

Tampoco podrán intervenir los teléfonos de los parlamentarios, en virtud de una interpretación analógica de la protección de las relaciones de confidencialidad prevista en el art. 47, I de la Constitución alemana<sup>36</sup>.

Respecto de los demás sujetos sometidos al deber de secreto profesional, enumerados en el §53, al no preverse ninguna excepción en el §100 a StPO, en principio cabe acordar la intervención telefónica. En este punto, sin embargo, ha de valorarse la adecuación y licitud de la medida a la luz del principio de proporcionalidad, que en el ordenamiento jurídico alemán goza de rango constitucional. En los casos en que se vean afectados terceros respecto de los cuales existe una relación de confidencialidad protegida jurídicamente, la licitud de la intervención telefónica habrá de valorarse ponderando la relación medio a fin. Esto significa que las escuchas, en el caso concreto, sólo serán lícitas cuando el interés en la persecución del delito supere claramente el interés en la protección de la relación de confidencialidad<sup>37</sup>. Algún autor sostiene que, en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, sólo procedería la medida si el profesional fuera a su vez sospechoso de encubrimiento o complicidad<sup>38</sup>. En cuanto a la relación de parentesco, la doctrina entiende con carácter general que no goza de protección específica frente a las medidas de escuchas telefónicas.

Ante este panorama, la doctrina viene reclamando que se dé un tratamiento procesal completo y homogéneo a las relaciones de confidencialidad o de confianza, y que se clarifique cuál es el ámbito de protección frente a las medidas clandestinas restrictivas de derechos fundamentales, en concreto en relación con las escuchas telefónicas. La laguna es especialmente llamativa cuando se observa que tal tratamiento completo y detallado de la afectación de derechos de terceros sí se encuentra en re-

<sup>35</sup> Sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH) de 5 de noviembre de 1985, 33, 347.

<sup>36</sup> Art. 47, I GG: "Los diputados tendrán la facultad de negar su testimonio referente a personas que les hubieren confiado hechos en su carácter de diputados o a quienes ellos, en dicho carácter, hubieren confiado hechos, así como referente a los hechos mismos. Dentro de los límites de este derecho no será admisible el secuestro de documentos".

<sup>37</sup> Por todos, vid. G. SCHÄFER, Comentario al §100 a StPO, núm. 25, *Löwe-Rosenberg Kommentar zur StPO*, Berlin 1988.

<sup>38</sup> Vid., por todos, H.-J. RUDOLPH, Comentario §100a, en *Systematischer Kommentar zur StPO und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (SKStPO), Frankfurt a. M., 1986 (rev. 1994), pág. 105, quien llega a esa conclusión por analogía con el §97 StPO.

lación con la medida de escucha y grabación de las conversaciones en el domicilio.

La medida de intervención de las conversaciones mantenidas en el domicilio fue introducida en la StPO mediante la ley de reforma de 8 de mayo de 1998, a pesar de la polémica suscitada y de las críticas de que fue —y sigue siendo— objeto. La diligencia sólo puede acordarse en relación con la investigación de determinados delitos especialmente graves que aparecen enumerados con carácter tasado en el §100c 3 StPO. En ese precepto se afirma expresamente que las escuchas podrán llevarse a cabo aunque se vean afectados terceros, si bien el legislador señala una serie de excepciones para el caso de que se vea afectada alguna de las personas que gozan del derecho a no declarar como testigos<sup>39</sup>. Tratándose de las personas del §53 StPO (relaciones de confidencialidad por razón del cargo o profesión, además de los periodistas), queda excluida la posibilidad de interceptar y grabar esas conversaciones, y si aún así fueran interceptadas, la grabación que contenga esas conversaciones debe ser destruida. Respecto de los parientes enumerados en el §52 StPO, y los ayudantes y colaboradores (§53a StPO), no rige esa prohibición, pero esas conversaciones sólo tendrán eficacia probatoria si, después de ponderar los intereses en conflicto, la medida no resulta desproporcionada. Para valorar esa proporcionalidad ha de tomarse en cuenta el significado e importancia de la relación de confidencialidad que se ve afectada en relación con el interés presente en la averiguación y persecución del delito<sup>40</sup>.

Ante esta nueva regulación relativa a la intervención de conversaciones directas en el domicilio, resalta aún más la ausencia de una clara regulación relativa a la afectación de terceros en el ámbito de las escuchas telefónicas. No es de extrañar que la doctrina alemana haya elaborado diversas propuestas de regulación que reflejan el interés en que la actuación en el ámbito del proceso penal esté claramente definida respecto de las aquellas relaciones que, por su carácter confidencial y valor social, merecen especial protección. Resulta de especial interés la propuesta de regulación presentada por un amplio sector de la doctrina alemana en el año 2000<sup>41</sup>, en la cual se refleja una posición claramente garantista de las rela-

<sup>39</sup> §100 d (3) StPO.

<sup>40</sup> §100 d (3) StPO.

<sup>41</sup> Vid. el proyecto alternativo de regulación de esta materia elaborado por juristas alemanes, suizos y austriacos, AAVV, *Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*, München 1996; y más reciente el texto elaborado por el grupo de trabajo de juristas de derecho penal y procesal penal, "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (§§53 b. 3, 100 d.3, §100h. 2 StPO-E vom Mai 2002)", en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen*, Berlin 2002, págs. 3 y ss.

ciones de confianza, en detrimento de las posibilidades de investigación del hecho delictivo a través de medidas restrictivas en el proceso penal. En ese proyecto alternativo se prohíben las diligencias de escuchas respecto de las personas sometidas a deber de secreto profesional (en términos generales: abogados, notarios, asesores fiscales, médicos, psiquiatras, psicólogos, psicoterapeutas, dentistas, farmacéuticos y comadronas)<sup>42</sup>; se excluyen las escuchas también respecto de los periodistas y de los eclesiásticos; y las conversaciones entre el imputado y los parientes exonerados del deber de declarar pueden ser interceptadas, y surten eficacia probatoria, siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

El texto propuesto refleja una posición muy respetuosa con las relaciones de confidencialidad y un nivel de garantías que contrasta con la tendencia generalizada —e intensificada tras los atentados de septiembre de 2001— a restringir muchas de las garantías del proceso penal en aras de la eficacia en la lucha contra determinadas formas de delincuencia. No pretendemos aquí valorar si esa propuesta representa una opción de regulación acertada o no, labor que requiere un profundo conocimiento de la práctica procesal en ese país y de los problemas, valores e intereses de esa sociedad, sin duda condicionados por sus experiencias históricas. En todo caso, hemos creído conveniente exponerla aquí con cierto detalle porque es uno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que ha reflejado de modo más preciso cuáles son las relaciones de confianza que, por su especial significado, deben tomarse en cuenta a la hora de configurar los deberes de actuación procesal o a la hora de definir qué medidas pueden menoscabar la protección de esas relaciones. Y además, porque el debate sigue abierto respecto de la regulación de esos derechos y deberes en relación con la medida de interceptación telefónica.

## V. BREVE PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO

Una vez analizada la situación en el ordenamiento jurídico alemán, considero que es importante exponer —si bien de manera más escueta— cuál es la situación en otros países de nuestro entorno. La escasa atención que ha recibido en nuestro ordenamiento jurídico esta materia contrasta fuertemente con la dedicación que en otros países se le ha otorga-

<sup>42</sup> En relación con los asesores o asistentes sociales encargados de la labor de asesoramiento en materia de drogodependencia y en aplicación de la ley del aborto que presten sus servicios en centro oficiales y reconocidos, que están exonerados del deber de declarar como testigo al amparo del §53.3.a y b, en el texto de la propuesta no se excluye la adopción de la medida, pero sí se priva de valor probatorio a las conversaciones intervenidas.

do, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, al tema de la incidencia de las relaciones de confidencialidad en la adopción de diligencias medidas restrictivas de derechos fundamentales y, en especial, la intervención telefónica. Sin pretender realizar un completo estudio de derecho comparado, la exposición de la regulación legal de esta materia en algunos de los ordenamientos jurídicos europeos puede resultar útil para valorar la entidad de los problemas que se suscitan entorno a las escuchas telefónicas, y también para apreciar la necesidad de contemplar esas medidas desde la óptica de los derechos de los terceros afectados.

En general, en casi todos los ordenamientos jurídicos europeos se regula el derecho a no declarar como testigo, con mayor o menor amplitud en virtud de la importancia que en cada ordenamiento jurídico se confiera a la prueba testifical en el proceso penal. Las opciones legislativas difieren también en cuanto al alcance de las restricciones a las escuchas telefónicas. En la mayoría de los ordenamientos suele tomarse como punto de referencia de la regulación del derecho a no declarar como testigo para fijar el ámbito de validez de la diligencia sumarial de la intervención telefónica. En otros ordenamientos, sin embargo, la delimitación subjetiva de las medidas de escuchas, se regula con independencia del derecho a no declarar como testigo<sup>43</sup>.

La posibilidad de acordar las intervenciones telefónicas se encuentra regulada en Italia en los arts. 266-271 del *Codice di Procedura Penale*<sup>44</sup>. La medida sólo es admisible en relación con la investigación de delitos que tengan atribuida una pena privativa de libertad de al menos cinco años. Por su parte, el art. 200 CPC enumera los sujetos eximidos del deber de declarar como testigos: ministros de confesiones religiosas, abogados y procuradores, médicos, farmacéuticos, asistentes sanitarios y cualesquiera otros sujetos que por razón de su profesión u oficio la ley reconozca la facultad de no declarar por respeto al secreto profesional<sup>45</sup>. También se contempla el secreto profesional de los periodistas en relación con las fuentes de información, si bien la protección de este derecho es relativa, pues cede en los casos en que la prueba del hecho imputado sólo puede lograrse revelándose la fuente de la información (art. 200.3

<sup>43</sup> Vid., al respecto, el ilustrativo estudio comparativo sobre esta materia de B. HUBER, "Forschungsprojekt §12 FAG und Überwachung der Telekommunikation: Ermittlungsmaßnahmen im Strafprozess- und Polizeirecht unter besonderer Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte. Rechtsvergleichender Überblick", en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen*, Berlin 2002, págs. 61-92.

<sup>44</sup> Vid. el informe sobre Italia elaborado por P. MAGGIO, en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen cit.*, págs. 417-429.

<sup>45</sup> Mediante la Ley 119 de 13 de abril de 2001, se reconoce también el derecho a no declarar como testigos de los asistentes sociales, aunque esta exención admite excepciones.

CPC). Conforme al art. 271 CPC, las conversaciones mantenidas con los sujetos enumerados en el art. 200 CPC pueden ser interceptadas, pero las informaciones relativas a datos obtenidos en razón del ejercicio de su cargo o profesión —y que, por tanto, están afectadas por el deber de secreto profesional— no tendrán eficacia probatoria. Sólo respecto del abogado defensor se establece además la prohibición de acordar la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

En Dinamarca<sup>46</sup> cabe acordar la intervención telefónica, así como las escuchas mediante otros dispositivos al amparo del §780 de la ley procesal (*rejtsplejelov*). La adopción de esas medidas de escuchas clandestinas se encuentra limitada en relación con los sujetos que por razones de secreto profesional están eximidos del deber de declarar. Esta dispensa alcanza a los eclesiásticos, a los médicos y al abogado defensor. Sin embargo, los periodistas, en los cuales no concurre una obligación de guardar secreto, pueden invocar su derecho a no declarar. No pueden adoptarse intervenciones telefónicas ni otras medidas de escuchas respecto de las comunicaciones que mantenga el sospechoso con personas que están eximidas de declarar como testigos (§782.2). Las conversaciones de estos sujetos que casualmente sean interceptadas se enmarcan dentro de la prueba prohibida, por lo que las grabaciones deben destruirse sin demora, a menos que del material obtenido se derive una posible imputación de ese sujeto o, en el caso del abogado, la existencia de una causa que determinara su exclusión como abogado defensor (§§730.3, 733.2 y 736.2).

La legislación francesa es mucho más parca a la hora de regular los derechos de terceros afectados por una escucha telefónica. La limitación sólo afecta a diputados y senadores y al abogado defensor. En el primer supuesto, la interceptación de los teléfonos de los parlamentarios requiere que previamente sea informado el presidente de la asamblea por el juez de instrucción. Y, respecto de los segundos, la limitación es estricta: no podrán intervenir los teléfonos ni del despacho ni del domicilio del abogado (art. 100-7 del *Code de procédure pénale*).

Austria contempla un amplio marco de protección del secreto profesional. En primer lugar, el número de sujetos que, por razón de su profesión están exentos del deber de declarar como testigos es relativamente amplio. En concreto están dispensados, entre otros, los abogados, los notarios, así como los profesionales de la psiquiatría y la psicología y mediadores familiares y los ayudantes y colaboradores de cualquiera de ellos (§152 (1) 4. y 5. StPO austriaca). Al regularse los presupuestos de la

<sup>46</sup> Vid. el informe sobre Dinamarca elaborado por K. CORNILS, en *Zeugnisverweigerungsrechte...*, cit., págs. 379-390.

adopción de la medida —pena privativa de libertad de más de un año—, se señala que sólo podrá acordarse la intervención de los teléfonos de otros sujetos en los casos en que existan motivos fundados de que el sospechoso utiliza ese teléfono o de que se va a poner en contacto con el titular del mismo, a excepción de que se trate de alguno de los sujetos que por razón de su cargo o profesión están eximidos del deber de declarar como testigos. (§149 a (1) 2.b)). Si el sospechoso se comunica con alguna de esas personas dispensadas del deber de declarar, las conversaciones interceptadas no tendrán eficacia probatoria en el juicio oral (§149 h 2). La intervención de los teléfonos de los medios de comunicación se somete a una restricción importante: sólo podrán intervenir si con ello puede contribuirse al esclarecimiento de un delito que tenga atribuida una pena de cadena perpetua o una pena privativa de libertad mínima superior a cinco años y máxima superior a diez.

Suiza cuenta con una reciente ley que regula la observación e intervención de las comunicaciones (*Bundesgesetz betreffend der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs* [BÜPF]), que entró en vigor el 1 de enero de 2002<sup>47</sup>. Conforme a esa ley, no se admite la intervención de las comunicaciones telefónicas de los sujetos que conforme a la legislación penal están sometidos al deber de secreto profesional. La prohibición alcanza, entre otros, a los eclesiásticos, los abogados, los notarios, médicos, dentistas y farmacéuticos, así como a sus ayudantes (art. 321 StGB). Esa prohibición, no obstante, sólo se aplica si esas personas también están dispensadas del deber de declarar como testigos conforme a la ley del cantón correspondiente. La situación, por tanto, varía de un cantón a otro.

En Gran Bretaña<sup>48</sup>, la interceptación de las comunicaciones telefónicas se encuentra principalmente regulada en la *Regulation of Investigatory Powers Act* de 2000 (RIPA)<sup>49</sup>, que viene a actualizar la *Interception of Communications Act* de 1985. La RIPA regula el ámbito de aplicación así como el modo en que ha de proceder la policía en la ejecución de las intervenciones<sup>50</sup>. Dicha regulación ha de completarse con lo dispuesto en

<sup>47</sup> Vid. el informe sobre Suiza elaborado por D. DEMKO, en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen*, cit., págs. 493-520.

<sup>48</sup> Vid. el informe sobre la regulación legal de Inglaterra y Gales de B. HUBER, en *Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen*, cit., págs. 391-403.

<sup>49</sup> Esta ley es aplicable para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Para Escocia rige una ley propia, del mismo nombre y fecha. Nos referimos aquí a la regulación inglesa.

<sup>50</sup> Con esta ley se confiere una base legal suficiente, en términos del art. 8 del CEDH, a las injerencias en el derecho a la intimidad y en el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque, como señala D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford 2002, pág. 600, el hecho de que se regulen con más transparencia esas medidas secretas, no excluye que puedan seguir provocando miedo.



las reglas de interpretación y aplicación de esta ley (*Code of Practice*)<sup>51</sup>. La intervención de las comunicaciones sólo puede llevarse a cabo previa autorización específica (*warrant*) que como regla general ha de emitir el *Secretary of State*<sup>52</sup>. Procede acordar dicha autorización, siempre que se cumpla el principio de proporcionalidad, para los siguientes casos: a) presencia de un interés nacional; b) prevención o descubrimiento de un delito grave (*serious crime*); o c) cuando sea necesario para la protección de los intereses económicos nacionales (*safeguarding the economic well-being of the UK*). La amplitud de la posibilidad de adoptar la medida se ve contrarrestada con la imposibilidad de utilizar el material con fines procesales o aportar las grabaciones al proceso. La finalidad de estas interceptaciones en principio no es la obtención de medios de prueba de la comisión del delito. Esa exclusión se justifica en la necesidad de preservar la igualdad de armas entre la acusación y la defensa<sup>53</sup>. No obstante, en determinadas circunstancias, si la interceptación no es ilícita, existe la posibilidad de revelar la información obtenida y que sea aportada como prueba. El sistema es ciertamente complicado, pues no resulta coherente que se articulen toda una serie de medidas para obtener información relevante para el proceso penal y, sin embargo, se pretenda paralelamente que dicho material sea eliminado y su existencia ignorada<sup>54</sup>. Los obstáculos para la utilización de este material como prueba, en poco o nada, contribuyen al control y represión de las actividades delictivas, fin para el cual se ha autorizado la injerencia en el derecho de la intimidad de los

<sup>51</sup> Code of Practice pursuant to Section 71 of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000, vid. <http://www.homwoffice.gov.uk/docs/ioccp>.

<sup>52</sup> Parte de la doctrina se manifiesta, sin embargo, a favor de que sean en todo caso los jueces quienes autoricen las intervenciones telefónicas, así ORMEROD, D. y MCKAY S., *Telephone Intercepts and their admissibility as evidence*, "Criminal Law Review", enero 2004, págs. 15-38, 37.

<sup>53</sup> Así se dispone en el art. 17 RIPA. Las reglas de interpretación contenidas en el *Code of Practice* expresamente señalan la prohibición de que la acusación utilice esos elementos como medio de prueba: "7.3 The general rule is that neither the possibility of interception nor intercepted material itself plays any part in legal proceedings. This rule is set out in section 17 of the Act, which excludes evidence, questioning, assertion or disclosure in legal proceedings likely to reveal the existence (or the absence) of a warrant issued under this Act (or the Interception of Communications Act 1985). This rule means that the intercepted material cannot be used either by the prosecution or the defence. This preserves «equality of arms» which is a requirement under Article 6 of the European Convention on Human Rights".

<sup>54</sup> Así ORMEROD, D. y MCKAY S., *Telephone Intercepts and their admissibility as evidence*, cit., pág. 31: "There is something inherently incoherent and illogical in a scheme which seeks to authorize an activity, recognises that that activity must lead to material which be relevant at trial (s. 18 RIPA) and yet seeks to suppress that material and even the fact of its existence (s. 17 RIPA)".

investigados. Respecto a los terceros (*collateral intrusion*), se señala que en la adopción de la medida habrá de tomarse en consideración la posibilidad de afectar el derecho a la intimidad de otros sujetos diferentes al imputado, especialmente cuando se vean afectadas materias relacionadas con el secreto religioso, médico o periodístico<sup>55</sup>.

De esta breve síntesis del panorama en el derecho comparado se aprecia que la protección de las relaciones de confidencialidad, garantizadas a su vez por el deber de secreto, se extiende en la mayoría de los ordenamientos frente a las medidas restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. A pesar de las notables diferencias del ámbito de protección de las relaciones de confidencialidad frente a las medidas de escuchas, se aprecian algunas notas comunes:

- 1) La protección privilegiada de la relación abogado defensor-cliente imputado, pues todos los ordenamientos contemplan la prohibición de intervenir las comunicaciones con el abogado defensor, a excepción de los casos en que éste sea a su vez sospechoso de la comisión del hecho delictivo.
- 2) La escasa consideración que se confiere a la relación de parentesco en la regulación de las medidas de intervención telefónica: son muy pocos los ordenamientos que contemplan estas relaciones en la regulación de las medidas de escuchas, y cuando lo hacen, rara vez establecen una prohibición de interceptación.

Una limitación subjetiva respecto del cónyuge existe en Suiza. Aunque a nivel federal no se contempla esa restricción general en la práctica de las intervenciones telefónicas, en el proceso penal de la ciudad de Basilea (§71.2 STPO Basel-Stadt), y en el del cantón de Aargau (§88.2) sí es aplicable. Algunas aisladas referencias se encuentran también en la legis-

<sup>55</sup> En relación con la *collateral intrusion*, las reglas de interpretación contenidas en el *Code of Practice* señalan: "3.1 Consideration should be given to any infringement of the privacy of individuals who are not the subject of the intended interception, especially where communications relating to religious, medical, journalistic or legally privileged material may be involved. An application for an interception warrant should draw attention to any circumstances which give rise to an unusual degree of collateral infringement of privacy, and this will be taken into account by the Secretary of State when considering a warrant application". – "3.2 Particular consideration should also be given in cases where the subject of the interception might reasonably assume a high degree of privacy, or where confidential information is involved. Confidential information consists of matters subject to legal privilege, confidential personal information or confidential journalistic material (see paragraphs 3.9-3.11). For example, extra consideration should be given where interception might involve communications between a minister of religion and an individual relating to the latter's spiritual welfare, or where matters of medical or journalistic confidentiality or legal privilege may be involved".

LORENA BACHMAIER WINTER

lación de Holanda y del estado de California<sup>56</sup>. En Alemania, como ya se vio<sup>57</sup>, sí se han tomado en cuenta las relaciones de parentesco en la regulación de las diligencias de interceptación de las comunicaciones mediante dispositivos de escuchas, aunque no se configuran como causa que impida la realización de la diligencia o genere una ineficacia probatoria en el juicio oral (§100c StPO).

Más allá de estos rasgos comunes, las diferencias son notables, por ejemplo, en relación con el ámbito de protección frente a la injerencia en el secreto periodístico o del secreto religioso.

## VI. LAS RELACIONES DE CONFIDENCIALIDAD Y CONFIANZA Y SU INCIDENCIA EN LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Analicemos ahora cuáles son las relaciones de confidencialidad y confianza que reciben una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, para intentar determinar si esa protección debe plasmarse en el ámbito procesal, y en concreto si justifica una limitación de la medida de intervención telefónica. A este propósito, debemos aclarar que no pretendemos aquí un estudio en profundidad del secreto profesional en sus diversas manifestaciones o desde la perspectiva de su tratamiento jurídico-penal. Si aludimos a la regulación del secreto profesional, es porque refleja una tutela específica por parte del ordenamiento jurídico a determinadas relaciones de confidencialidad y lo que interesa dilucidar en este trabajo es si la existencia de esa relación de confidencialidad también debe ser preservada frente a injerencias acordadas en el seno de un proceso penal, en concreto frente a la intervención telefónica. En todo caso, dedicaremos en primer lugar especial atención a la relación familiar, con el fin de analizar si el derecho a la comunicación familiar y el derecho a la intimidad familiar deben ceder sin límite alguno en aras de la eficacia de los fines del proceso. A continuación nos referiremos brevemente al fundamento de algunas de las relaciones que configuran deberes de secreto profesional o por razón del cargo, en la medida en que, a partir de ese fundamento, podemos concluir si la relación de confidencialidad también debe mantenerse "blindada" frente a la interceptación telefónica.

<sup>56</sup> Vid. B. HUBER, "Forschungsprojekt §12 FAG und Überwachung der Telekommunikation: Ermittlungsmaßnahmen im Strafprozess- und Polizeirecht unter besonderer Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte. Rechtsvergleichender Überblick", *cit.*, págs. 74-75.

<sup>57</sup> Vid. lo que se dijo al respecto en el epígrafe IV.

En el ámbito del derecho procesal, la doctrina se ha ocupado fundamentalmente de estudiar el secreto profesional y el mal llamado secreto familiar desde la perspectiva del derecho a no declarar como testigos<sup>58</sup>, única norma dentro de la LECrim, junto con la exención del deber de denuncia, que contempla esos supuestos. Por ello, comenzaremos analizando esos supuestos de exención del deber de declarar como testigos, distinguiendo entre exenciones por motivos familiares y por motivos profesionales o del cargo, para después centrarnos en las demás relaciones de confidencialidad que merecen protección específica en nuestra sociedad.

### 1. Las relaciones de carácter familiar

#### 1.1. EL FUNDAMENTO DE LA EXONERACIÓN DEL DEBER DE DECLARAR COMO TESTIGO POR RAZONES DE PARENTESCO

##### a) La pureza del proceso penal y el fin de la búsqueda de la verdad

En virtud del art. 416.1 LECrim, los parientes próximos del imputado están eximidos del deber de testificar<sup>59</sup>. Originariamente esa exoneración se justificó por la escasa fiabilidad de los testimonios de los parientes que se ven obligados a declarar, hasta el punto de excluirlos considerándolos testigos inhábiles. Ante la situación de conflicto entre "la voz de la naturaleza" que inclina a declarar a favor del pariente y en contra de la verdad, entre el deber de veracidad y el deber de solidaridad familiar, la práctica demuestra que el testigo, si es obligado a declarar, suele optar por no perjudicar al familiar, aunque ello implique incurrir en responsabilidad penal<sup>60</sup>. El argumento de la búsqueda de la verdad, sin embargo,

<sup>58</sup> Vid. fundamentalmente el excelente trabajo de V. MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, Madrid 1984; J. BERNAL VALLS, *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal*, "Poder Judicial" 1987-5, págs. 9-39; A. DEL MORAL GARCÍA, "Deber de declarar y secreto en el proceso penal", en *Derecho penal para profesionales de la información*, Madrid, 1995; M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid 2001.

<sup>59</sup> No es este el lugar para poner de manifiesto la necesidad de reformar el art. 416 LECrim para dar cabida en el mismo a aquellas relaciones de hecho que presentan cierta analogía con las de los cónyuges unidos por vínculo matrimonial.

<sup>60</sup> R. RENGIER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht*, München 1979, pág. 61. Para justificar esa exclusión se han aducido también los riesgos para la pureza del procedimiento probatorio, V. MORENO CATENA, *cit.*, pág. 145, citando a V. GREVI, "Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti", en *La testimonianza nel processo penale*, Milano 1974; y razones puramente pragmáticas por la inutilidad de imponer al pariente un deber de veracidad en su testimonio, M. MARCHENA GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 1515.



LORENA BACHMAIER WINTER

ha ido perdiendo fuerza a lo largo del tiempo como justificación de esta exoneración. Si el fin pretendido fuera únicamente evitar falsos testimonios, lo más efectivo hubiera sido excluir la posibilidad de testificar de los parientes cercanos. Es cierto que, cuando el testimonio perjudica al inculpado, el riesgo de faltar a la veracidad es mayor si el testigo declara por obligación que si lo hace voluntariamente. Pero, siguiendo ese mismo argumento, los testimonios que favorecen al inculpado tampoco merecen total credibilidad aun cuando sean voluntarios. Por ello, si bien puede afirmarse que, en términos generales, conferir carácter voluntario a la declaración testifical de los parientes puede contribuir a favorecer la verdad en el proceso, ése no es el motivo que justifica tal exención.

La exoneración deja así de verse únicamente desde la perspectiva de la búsqueda de la verdad, y cobra mayor relevancia la necesidad de resolver el conflicto ante el cual puede encontrarse el testigo: ha de decidir entre perjudicar al pariente o incurrir en falso testimonio o delito de desobediencia a la autoridad. La opción legal es que resulta preferible prescindir de un elemento de prueba que exponer a un pariente cercano a cometer falso testimonio o perjurio<sup>61</sup>.

*b) Como manifestación del principio nemo tenetur prodere seipsum*

La dispensa del deber de declarar como testigo se ha analizado desde la perspectiva del derecho a no autoincriminarse. Así, por ejemplo, López-Fragoso, siguiendo a Illuminati, admite que, si se entiende el derecho de los parientes a no declarar como testigos como una garantía referida al acto procesal concreto que se realiza ante la autoridad judicial, cabría considerar que tal garantía no se extiende a las diligencias de indagación realizadas a través de las escuchas telefónicas<sup>62</sup>. Aplicando analógicamente a los familiares del imputado el principio *nemo tenetur*, concluye que, siempre y cuando no se utilice engaño o coacción, "no parece ilógico pensar que, si el propio imputado puede ofrecer datos inculpatorios para su persecución penal, no puedan hacerlo sus familiares"<sup>63</sup>.

Sin embargo, el principio *nemo tenetur*, entendido como el derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo, no puede considerarse sin más extensible a otros actos procesales, pues se configura como una garantía del imputado frente a la coacción por parte de los órganos pú-

<sup>61</sup> Así, C. J. A. MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, Darmstadt 1834, pág. 283.

<sup>62</sup> Vid. T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 63, quien a su vez cita a G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano 1983, págs. 79 y ss. En idénticos términos, M. I. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, *Escuchas telefónicas...*, cit., pág. 238.

<sup>63</sup> T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 64.

blicos para obtener una declaración autoinculpatoria<sup>64</sup>. Es cierto que mediante el ejercicio del derecho a no declarar como testigo puede evitarse el testimonio acerca de una autoinculpación del encausado, con lo que se evitaría una suerte de autoinculpación mediata, pero ello más parece un efecto del ejercicio de ese derecho que el fundamento de la exoneración.

No obstante, cabe apreciar una conexión entre el derecho a no declarar como testigo y el principio *nemo tenetur* en los casos en que la declaración testifical perjudica los intereses del propio testigo; intereses que, tratándose de un familiar, se presume que se verán afectados de manera negativa. Si el imputado tiene derecho a guardar silencio para no perjudicarse, puede argumentarse que el testigo también. Es cierto que esa relación existe, pero no es el fundamento del derecho a no declarar como testigo, puesto que la exoneración del deber de declarar existe aunque con la declaración no se irrogue perjuicio alguno para el testigo.

*c) La protección de la unidad familiar*

La exención del deber de declarar en el proceso como testigo también se ha fundado en la protección de la unidad familiar<sup>65</sup> o de la fidelidad familiar<sup>66</sup>. En relación con ello ha de aclararse que el fin principal de la norma no es la protección de la familia en sí, institución que se ve de suyo muy afectada por el propio proceso penal, sino la resolución del conflicto ante el fin de la persecución penal. Ni tampoco se busca con ello, como fin primordial, proteger la intimidad familiar. Si el legislador hubiera pretendido dar protección a la comunicación intrafamiliar, hubiera articulado una verdadera prohibición de declarar, y no hubiera dejado al arbitrio de una de las partes la decisión de testificar o no.

<sup>64</sup> Si bien el fundamento histórico de este principio no es únicamente evitar la tortura física para obtener confesiones. Como señala Helmholtz, "the common law judges transformed into a veritable right of the person what for the continental canonists and civilians was only a mechanism of protection against an abusive interference of authority in the individuals' privacy - the *ex officio* oath, requiring defendants to swear in advance to answer truthfully any questions to be put to them by the court, among which some interrogations directed at self-incrimination were frequently included". R. H. HELMHOLTZ, "Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune*", en *New York University Law Review*, 1990, núm. 67, pág. 962.

<sup>65</sup> Así F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli 1960, pág. 200. "La *fides* fondata sull'affetto, è la forza di coesione della famiglia. (...) Constringere un prossimo congiunto a testimoniare se non vuole significa incriminare la compagine della famiglia".

<sup>66</sup> J. BERNAL VALLS, *cit.*, pág. 16. Según este mismo autor, la protección habría de hacerse extensiva a los sujetos unidos por una relación de hecho asimilable al matrimonio, pág. 18.

LORENA BACHMAIER WINTER

d) *La resolución de un conflicto de intereses*

En la exoneración de testificar por razón de parentesco el legislador busca resolver el conflicto entre el deber de lealtad familiar que obliga a la protección y ayuda mutuas —que genera obligaciones no sólo morales, sino reguladas jurídicamente muchas de ellas— y el deber de cooperar con la administración de justicia. Es un conflicto que sólo corresponde resolver al afectado. Y, si el legislador ha optado por no excluir esa declaración testifical, es por la importancia de la investigación de la verdad en el proceso penal: por ello, en vez de establecer una prohibición probatoria, se deja en manos del afectado la resolución del conflicto. Mediante la exención se evita también el posible conflicto emocional interno a que pudiera verse sometido el testigo obligado a declarar, pero la resolución de ese tipo de conflicto no es fin primordial de la norma. Si así fuera, cabría preguntarse si no deberían contemplarse otras muchas relaciones afectivas —por ejemplo, entre amigos— entre los supuestos de exoneración.

El fin de la exoneración del deber de declarar de los testigos es, por tanto, la resolución del conflicto de intereses del pariente, aunque ha de reconocerse que a través de tal exoneración se contribuye también a la búsqueda de la verdad. Indirectamente, también constituye una importante medida de protección de la comunicación intrafamiliar: de existir la obligación de declarar, habría determinadas informaciones que se mantendrían en secreto, aunque sólo fuera para no situar al familiar ante la disyuntiva de perjudicar a su familia o perjudicarse a sí mismo incurriendo en responsabilidad criminal.

## 1.2. LAS RELACIONES DE PARENTESCO ANTE LA DILIGENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Si nos hemos detenido a examinar el fundamento de la exoneración del deber de declarar como testigo, es porque, en función de cuál sea ese fundamento, podríamos considerar una aplicación analógica para otras diligencias de instrucción, y en concreto para las intervenciones telefónicas. Si el fin de la exoneración se centrara en la protección de la familia o de su comunicación interna o de la intimidad familiar, habría que concluir que la protección de esos derechos también justificaría una restricción del ámbito de las escuchas telefónicas.

Si, por el contrario, consideramos —como se ha expuesto más arriba— que el fundamento de la exención del deber de declarar es resolver un conflicto ante dos deberes, deber de lealtad familiar y deber de veracidad de la declaración testifical, tal conflicto no surge en la práctica de las

intervenciones telefónicas, puesto que en ellas no se requiere una cooperación activa por parte del afectado. Mediante la exoneración del deber de testificar, el pariente queda eximido del deber de declarar, de contribuir activamente a la incriminación, pero ello no impide que mediante otras diligencias pueda contribuir de manera pasiva e involuntaria al esclarecimiento del delito. Si se entendiera que el fin de la exención del deber de declarar de los parientes es la búsqueda de la verdad, en ese caso, tal fin tampoco justificaría una restricción en la práctica de las escuchas telefónicas.

Resta aún por clarificar si la relación familiar y su carácter íntimo no merecen una protección específica frente a injerencias clandestinas adoptadas para la averiguación del hecho delictivo. La cuestión se centra en responder cuestiones como las siguientes: ¿por qué frente a la intervención de las comunicaciones merece mayor protección el derecho de defensa, o el derecho de información, que el derecho a la intimidad familiar o la familia como institución?; o ¿por qué no puede escucharse la conversación que se mantiene con el abogado y sí la que se mantiene con el cónyuge?

En respuesta a estas preguntas puede pensarse que en relación con las comunicaciones familiares no existe un deber de secreto, pues no existe el delito de revelación de secretos de los familiares, mientras que en relación con otros profesionales la revelación de lo comunicado confidencialmente sí se sanciona penalmente. Sin embargo, la tipificación o no de la conducta de la revelación de secretos no es lo que explica que frente a unos pueda admitirse la medida de escuchas telefónicas y frente a otros no.

En efecto, no existe propiamente un secreto familiar ni se protege penalmente la revelación de esos datos confiados en la intimidad familiar. Pero ello es así no porque la institución familiar merezca menor consideración jurídica<sup>67</sup>, sino porque en el seno de las relaciones familiares se puede presumir la existencia de unos vínculos de tal índole que hacen que la protección del secreto a través de un tipo penal no sea necesaria o útil<sup>68</sup>.

Sin embargo, determinadas profesiones requieren un alto nivel de confianza entre las partes para que puedan desarrollarse adecuadamente.

<sup>67</sup> F. CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 200, afirmaba que el secreto familiar no es sólo un tipo del secreto jurídicamente relevante, sino uno de los tipos más importantes.

<sup>68</sup> Dicho de otro modo, para la protección de la familia como institución y para el desarrollo de sus funciones no es preciso configurar jurídicamente un deber de secreto de lo comunicado entre sus miembros. La relación de confianza existe con independencia de la existencia de un deber jurídico de guardar secreto respecto de lo comunicado intrafamiliarmente.

te; y, de no existir la obligación jurídica de guardar secreto por parte del profesional, la relación de confianza no surgiría o se vería muy limitada. Lo decisivo en la limitación de la medida de intervención telefónica, a mi juicio, no es tanto la existencia o no un deber jurídico de secreto sancionable penalmente, sino el grado de protección que se requiere en la comunicación para que esa relación pueda establecerse con confianza.

Quizás una diferencia esencial entre el grado de protección que requieren las comunicaciones familiares y algunas de tipo profesional es que, de no estar garantizada la seguridad de las comunicaciones con determinados profesionales, tanto frente a revelaciones por parte del profesional, como frente a injerencias a través de diligencias de investigación, la relación de confianza no podría surgir y, en consecuencia la función que está llamado a cumplir el profesional, no podría desarrollarse. Esto es particularmente evidente en la relación con el abogado defensor, puesto que lo comunicado se centra principalmente en los hechos objeto del proceso: si no existe por parte del encausado confianza en la seguridad de la comunicación, no transmitirá datos que son necesarios para el ejercicio del derecho de defensa y el derecho a la asistencia letrada<sup>69</sup>. La intervención de la comunicación en este caso —nos referimos al caso en el que el abogado no es a su vez sospechoso de la comisión de un delito—, destruye la posibilidad de la confianza y, por tanto, imposibilita —o dificulta en extremo— el desarrollo de una función que está garantizada constitucionalmente para el imputado.

Respecto de la comunicación familiar, sin embargo, la medida de intervención telefónica no impide —de ordinario— la existencia de la relación de confianza entre los miembros de la familia. La medida de intervención telefónica restringe los cauces de comunicación entre parientes, pero normalmente no destruye esa relación familiar. En definitiva, puede existir relación familiar, a pesar de que no esté plenamente garantizada la confidencialidad de la comunicación, pero no puede ejercerse el derecho de defensa si no está garantizada esa confidencialidad. En el primer caso, la medida puede superar la valoración de proporcionalidad, mientras que en el segundo caso la intervención telefónica ha de considerarse desproporcionada por afectar al núcleo esencial del derecho de defensa<sup>70</sup>, aun en el caso de que la comunicación pueda establecerse por otras vías no telefónicas.

<sup>69</sup> En igual sentido, V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, págs. 210-211.

<sup>70</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, vid. W. DEGENER, *Grundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlin 1985. En la doctrina española, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990.

Lo cierto es que ningún ordenamiento jurídico de nuestro entorno considera la relación de parentesco relevante para excluir una interceptación telefónica en el ámbito de la instrucción penal. Ello puede deberse a varias razones. Primero, que la comunicación familiar puede desarrollarse, no plenamente, pero sí suficientemente a pesar de la intervención telefónica. Segundo, que, en la valoración de intereses o derechos dignos de protección, la protección de la intimidad familiar debe ceder ante la necesidad de dotar de eficacia a la investigación penal, por lo que no parece razonable excluir la medida de intervención telefónica cuando los terceros afectados sean los parientes.

En cuanto a la doctrina española, al margen de que ha prestado escasa atención a la relación de parentesco desde la perspectiva de las intervenciones telefónicas<sup>71</sup>, no se ha expresado de manera uniforme. Como ya se ha señalado, para López-Fragoso<sup>72</sup>, la relación de parentesco no constituye un obstáculo para la interceptación de las conversaciones telefónicas. Por el contrario, Asencio Mellado, al analizar el contenido del auto que acuerda la intervención telefónica, plantea la posibilidad de que en el mismo se indique si han de quedar excluidas ciertas conversaciones por su carácter íntimo y afirma que no deberían ser grabadas las conversaciones entre familiares amparados por el derecho a no declarar como testigos<sup>73</sup>. En definitiva, salvo este último autor, en general nuestra doctrina parece admitir sin problemas la posibilidad de intervenir y grabar en el seno de la instrucción penal las conversaciones telefónicas que afecten a parientes eximidos del deber de declarar como testigos. En la práctica, la cuestión suele ser obviada y precisamente se justifica la intervención de conversaciones con los parientes más cercanos del imputado en aras de la eficacia del descubrimiento del delito. Si con la intervención telefónica se persigue el fin de lograr declaraciones autoinculpatorias del acusado<sup>74</sup>, las probabilidades de lograr ese fin son mayores, desde luego, si se interceptan las conversaciones con los miembros que forman el círculo familiar ínti-

<sup>71</sup> Prueba de ello es que no hemos encontrado en nuestra doctrina ningún estudio que analice la situación de los sujetos eximidos del deber de declarar por razón de parentesco en relación con las escuchas telefónicas ni en relación con ninguna otra diligencia sumarial restrictiva de derechos fundamentales.

<sup>72</sup> Vid., supra, nota 62 y texto correspondiente.

<sup>73</sup> J. M. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 107, señala en nota pie de página: "piénsese en conversaciones entre esposos, familiares, médicos, ministros de culto, abogados, etc., amparados por el art. 24.2 de la CE como temas prohibidos de investigación. En tales casos, y una vez identificado el comunicante, debiera interrumpirse la captación y no ser aprehendida".

<sup>74</sup> Así G. ILLUMINATI, cit., pág. 83, citado por T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 62.



LÓRENA BACHMAIER WINTER

mo. Pero ni puede admitirse sin objeciones que el fin principal de la intervención telefónica sea obtener una declaración autoinculpatoria, ni ese fin justificaría por sí mismo sin ninguna otra consideración la injerencia en la esfera de intimidad familiar.

En suma, la ratio que subyace a la exoneración del deber de declarar de los parientes en el proceso penal —resolución ante un conflicto de intereses en la persona del testigo— no concurre en el caso de las escuchas clandestinas, por lo que en ningún caso cabría derivar de esta norma una posible restricción subjetiva de las medidas de intervención telefónica. No obstante, en la medida en que las intervenciones telefónicas inciden en otros derechos fundamentales —en concreto en la relación de confianza e intimidad existente en el ámbito familiar— que gozan de protección constitucional, a mi juicio debe valorarse la proporcionalidad de la medida de la intervención telefónica con especial cuidado.

## 2. Ministros de culto y protección del secreto religioso<sup>75</sup>

La función de asistencia espiritual que confieren los ministros de culto o dirigentes religiosos está amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa<sup>76</sup> y, como el desarrollo de esa función requiere una esfera de confianza y confidencialidad, el secreto religioso es tradicionalmente contemplado en el ámbito procesal penal como motivo de dispensa de la obligación de testificar acerca de esos hechos<sup>77</sup>. Así, la LECrim —con terminología algo añeja— exime del deber de declarar como testigo a “los eclesiásticos y ministros de culto disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio” (art. 417.1º)<sup>78</sup>. Por su parte, el art. II.3 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 28 de julio de 1976 determina que “en ningún caso los clérigos podrán ser requeridos por los jueces u otras autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio”. En parecidos términos se expresan los tres acuerdos de cooperación suscritos en 1992 por el Estado español, respectivamente, con las federaciones de comunidades religiosas

protestantes, israelitas e islámicas<sup>79</sup>. Por citar literalmente el texto del acuerdo con la Federación Evangélica (FEREDE): “Los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE no estarán obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o asistencia religiosa” (el texto del art. 3.2 de los otros dos acuerdos es casi idéntico).

A través de estas previsiones se confiere protección al llamado secreto religioso, el cual supera la esfera del secreto de confesión de la religión católica. La protección jurídica del secreto religioso en el proceso penal encuentra su raíz histórica en la protección del *sigillum confessionis* el cual, como señala Moreno Catena<sup>80</sup>, fue considerado por el legislador como motivo suficiente para excluir el testimonio de los sacerdotes en el proceso penal. Inicialmente, por tanto, el fundamento se encuentra en la obligación de guardar el secreto de confesión impuesta radicalmente por el derecho canónico<sup>81</sup>. Pero la dispensa de declarar como testigo también se justifica en función del interés en la conservación de lo revelado por el fiel dentro de la relación de confianza establecida, e incluso también puede encontrarse un fundamento en el respeto a la propia Iglesia católica como institución. Por ello, aunque sus orígenes están claramente ligados a la confesión sacramental de la religión católica, la dispensa del deber de testificar se extiende ulteriormente a los ministros de las demás religiones; y, dentro del propio ámbito católico, va más allá de lo revelado en el sacramento de la confesión, aplicándose también a cualquier hecho revelado al sacerdote por razón de su ministerio.

La cuestión que aquí nos planteamos, en todo caso, se centra en dilucidar si ese secreto religioso merece también una especial protección frente a la medida de interceptación telefónica. En el desarrollo de esta diligencia ya no podría invocarse el conflicto de conciencia del ministro

<sup>79</sup> Los tres acuerdos fueron aprobados, respectivamente, por las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre.

<sup>80</sup> V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, pág. 243.

<sup>81</sup> Así J. M. TAMARIT, *La libertad ideológica en el derecho penal*, Barcelona 1989, pág. 259. El Código de Derecho Canónico vigente regula la obligación de secreto de confesión en los cánones 983 y 984, en los drásticos términos en que esa obligación ha existido siempre en la Iglesia católica. El canon 983 establece: “1. El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo. 2. También están obligados a guardar secreto el intérprete, si lo hay, y todos aquellos que, de cualquier manera, hubieran tenido conocimiento de los pecados por la confesión”. Y el c. 984: “1. Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación. 2. Quien está constituido en autoridad, no puede en modo alguno hacer uso, para el gobierno exterior, del conocimiento de pecados que haya adquirido por confesión en cualquier momento”.

<sup>75</sup> Acerca del secreto religioso, vid. el detallado estudio de R. PALOMINO, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, Granada 1999; por lo que se refiere al ámbito procesal, vid. en concreto las págs. 177 y ss.

<sup>76</sup> Cfr. Art. 16 CE, y, más concretamente, art. 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, de 5 de julio.

<sup>77</sup> Así, K. F. GÄRDITZ y C. F. STUCKENBERG, *Zur Funktion und Ratio der Zeugnisverweigerungsrechte im Strafverfahren*, *cit.*, pág. 125.

<sup>78</sup> Sobre esta materia vid. *in extenso* V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, págs. 241 y ss.

LORENA BACHMAIER WINTER

religioso enfrentado ante la prueba testifical, pues, al no requerirse la cooperación activa ni el consentimiento del religioso, no resulta aplicable ese fundamento que se invocaba en la dispensa de testificar. Ahora bien, si se considera que la dispensa de testificar se funda en la especial relación de confidencialidad que ampara el secreto religioso —reforzado además por un derecho constitucional, la libertad ideológica, religiosa y de culto del art. 16—, ese mismo fundamento sería aplicable a la intervención telefónica. De manera que, en la medida en que el legislador entiende que esa relación, necesaria para el ejercicio de la ayuda espiritual, merece una protección específica ante injerencias desde la esfera procesal penal, cabría pensar en la adopción de ciertas restricciones legales en la interceptación de estas conversaciones. A pesar de todo, no es sencillo responder a la pregunta de si deberían limitarse o restringirse esas intervenciones cuando se ve afectado el secreto religioso.

En efecto, desde la perspectiva del imputado, el adecuado ejercicio del derecho individual a la libertad religiosa requiere que se preserve la relación de confidencialidad. Lo cual, en principio, debería llevarnos a concluir que no deberían interceptarse conversaciones telefónicas si a través de ellas el ministro religioso ejerce sus funciones ministeriales. Pero, naturalmente, la cuestión no tiene fácil solución práctica, pues no siempre resulta fácil distinguir si los datos comunicados o las revelaciones realizadas al ministro de culto se le han confiado en su calidad de asesor o director espiritual, o si, por el contrario, lo han sido como consecuencia, por ejemplo, de una relación de amistad ajena al ministerio religioso en sí mismo<sup>82</sup>.

Desde la perspectiva del ministro de culto o dirigente religioso, y en conexión con lo que acaba de indicarse, ha de tenerse presente que resulta afectado, además del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el derecho fundamental a la libertad religiosa. El estricto respeto de ese derecho fundamental podría llevarnos a considerar que no debería admitirse la interceptación del teléfono de una entidad religiosa o de un ministro de culto, salvo en aquellos casos en que los indicios de criminalidad recaigan sobre ellos mismos. Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la libertad religiosa admite restricciones<sup>83</sup>, no

<sup>82</sup> Esta problemática la apunta acertadamente V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, pág. 253. En todo caso, las probabilidades —y por tanto también la presunción— suelen jugar en favor de que en las declaraciones a un ministro religioso la función de asistencia espiritual de éste han desempeñado un papel importante, aun en los casos en que existe una relación de amistad con el imputado.

<sup>83</sup> Restricciones que el art. 16.1 CE resume en la expresión del "orden público protegido por la ley", y que el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula de manera más precisa.

parece que puedan apreciarse a priori, y de manera absoluta, objeciones constitucionales a la interceptación de conversaciones con un ministro de culto. No ha de perderse de vista, en todo caso, que este tipo de injerencia afecta a derechos y libertades fundamentales no sólo del imputado, sino también de un tercero en principio ajeno a la actividad delictiva que se investiga. Por ello, en tanto que incide en relaciones de confidencialidad que cumplen una función social relevante, enmarcadas dentro de la libertad religiosa amparada por nuestra Constitución, en la adopción de esta medida ha de valorarse con especial cuidado el principio de proporcionalidad.

### 3. El secreto profesional

Debemos plantearnos ahora el alcance de la protección de la relación de confidencialidad que se establece con diversas personas por razón del cargo que desempeñan o de la profesión que desarrollan. No es este el lugar para estudiar los diversos aspectos del secreto profesional, ni todos y cada uno de los supuestos en que existe un deber de secreto jurídicamente relevante, pero sí interesa saber en qué medida esa relación de confidencialidad merece ser considerada ante determinadas actuaciones procesales.

La LECrim exime a determinados profesionales —abogados, funcionarios— del deber de cooperar con la Administración de Justicia, al relevarlos de la obligación de declarar como testigos en el proceso penal. El fundamento de esa exención suele encontrarse en que, para el desarrollo de esas profesiones es necesario que la parte revele su intimidad; y, de no estar garantizado el secreto profesional, no podría llegar a establecerse esa relación de confianza que es necesaria para el adecuado ejercicio de la profesión —y sin la cual la parte no revelaría determinadas informaciones—. Pero, además, en la protección del secreto profesional existe un interés social que supera el interés individual del respeto a la intimidad. En razón de la utilidad social de determinadas profesiones se establece el secreto profesional, y en atención al mismo se establece una exención específica frente a determinados deberes procesales<sup>84</sup>. Por tanto, la exención del deber de declarar como testigo vendría a resolver el conflicto entre el deber de testificar y el deber de guardar secreto respecto de las informaciones obtenidas en el ejercicio de la profesión, y con ello se contribuiría a garantizar la requerida relación de confianza. Ahora bien,

<sup>84</sup> Vid. V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, pág. 133.



ha de tenerse presente, de un lado, que el fundamento del secreto profesional no es unitario, y de otro lado, que su regulación en el ámbito procesal ni es uniforme ni es completa.

Veamos algunos de los supuestos. Nos limitamos a mencionar el secreto profesional de los abogados, los médicos y los periodistas, siendo conscientes que no son los únicos que habrían de ser considerados desde la esfera procesal penal. Si se han escogido estos supuestos es por resultar suficientemente representativos para exponer la problemática de los límites de las diligencias de investigación y la afectación de derechos de terceros.

### 3.1. EL ABOGADO DEFENSOR Y EL DERECHO DE DEFENSA

En nuestro ordenamiento jurídico el secreto del abogado se contempla en la Constitución en su doble dimensión: desde la perspectiva del derecho de defensa, encuadrado en el art. 24.1 CE, y desde la perspectiva del secreto profesional, en el art. 24.2 CE. Se configura, así, como un deber de guardar secreto respecto de los datos revelados de manera confidencial por el cliente, además de como un derecho que deriva del ejercicio de la profesión. El deber de secreto profesional del abogado tiene, por tanto, una vertiente de tutela de la intimidad del cliente, pero, por otra parte, adquiere una dimensión pública, al constituir un instrumento para salvaguardar la confianza en la profesión del abogado y, en consecuencia, una garantía del derecho de defensa de todos los ciudadanos.

El art. 416.2º LECrim exime al abogado defensor del deber de declarar como testigo "respecto de los hechos que éste [el procesado] le hubiese confiado en su calidad de defensor". Y el art. 263 LECrim le libera del deber de denuncia. Tales exenciones se fundan en la relación de confianza entre imputado y defensor, que se requiere para poder garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa<sup>85</sup>.

La doctrina se ha expresado con particular claridad acerca de la protección de la esfera de confidencialidad entre el abogado y su cliente imputado. Existe unanimidad en reconocer que su posición y función en relación con el derecho de defensa requieren una amplia protección del deber de secreto, que va más allá de la dispensa de declarar como testigos. Al respecto, señala Jiménez Campo que "el secreto profesional de los abogados y las comunicaciones con éstos de sus clientes no podrá resultar afectado por obra de la resolución judicial prevista en el precepto

<sup>85</sup> Acerca del derecho de defensa y el fundamento y contenido del art. 416.2º LECrim, vid., por extenso, V. MORENO CATENA, *ob. cit.*, pág. 210.

constitucional que se considera (el art. 18.3 CE), pues este tipo de secreto profesional está al servicio del derecho a la defensa, que resulta intangible (...)"<sup>86</sup>. En relación con el argumento de que el deber de secreto del abogado se encuentra directamente emparentado con el derecho de defensa, se afirma que no podrán intervenir sus teléfonos profesionales; y, en el supuesto de que sus comunicaciones se vean interceptadas, la grabación deberá interrumpirse y lo grabado carecerá de eficacia probatoria<sup>87</sup>.

Debe tenerse presente, sin embargo, que lo que ampara el secreto profesional es la comunicación entre el cliente y el abogado en relación con el ejercicio del derecho de defensa. Esas conversaciones, y sólo esas, son las que entrarían dentro de la prohibición de interceptación en razón de la protección de la relación de confidencialidad necesaria para ejercer el derecho de defensa. Hasta aquí creo que existe unanimidad en reconocer que no caben las escuchas telefónicas respecto de esas comunicaciones, aunque tal prohibición requiere ser recogida urgentemente en nuestra legislación procesal. La cuestión, obviamente, se complica en la práctica, porque: 1) o bien se presume que todas las conversaciones que se mantienen desde un despacho de abogados son de índole profesional y, por tanto, no cabe interceptar esos teléfonos; o 2) cabrá acordar la interceptación, pero no podrán grabarse ni utilizarse en el proceso las conversaciones que afecten a la relación profesional cliente-abogado. En el ordenamiento jurídico suizo, por ejemplo, se acepta la segunda de las opciones, aunque no aparece regulado con suficiente claridad quién ha de realizar la selección de las comunicaciones cuya interceptación no es admisible por afectar a la relación profesional<sup>88</sup>.

Casi todos los ordenamientos jurídicos limitan la posibilidad de intervenir el teléfono del abogado defensor a los casos en que éste sea a su vez

<sup>86</sup> *Ob. cit.*, pág. 51. En términos parecidos M. MARCHENA GÓMEZ, "Comentario a los arts. 416 a 418 LECrim", en *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid 1998, págs. 1516 y ss.; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 52 "el secreto profesional se presenta como límite de las posibles medidas de intervención telefónica, pero no por efecto directo del secreto formal del art. 18.3 CE, sino derivado del art. 24.2 CE y de sus normas de desarrollo". En literalmente idénticos términos G. FERNÁNDEZ-ESPINAR, *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*, "Poder Judicial" 1993, núm. 32, págs. 19-38, 27.

<sup>87</sup> Así, J. M. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid 1989, pág. 107; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 52; L. RODRÍGUEZ RAMOS, "Intervenciones telefónicas", en *La prueba en el proceso penal* CDJ, Madrid 1992, págs. 451-460, pág. 455.

<sup>88</sup> Al respecto, vid. la STEDH *Kopp v. Suiza*, de 25.4.1998, en la cual se estimó la demanda del recurrente por falta de suficiente previsión legal que regulara con la debida claridad los supuestos en que puede intervenir el teléfono del abogado defensor.

LORENA BACHMAIER WINTER

sospechoso de participación o colaboración en la comisión del delito. En todos los demás supuestos la interceptación de su teléfono se considera inadmisibles por afectar al derecho de defensa del imputado. Puede suceder, sin embargo, que esa comunicación confidencial entre el cliente y su abogado sea interceptada casualmente, al realizar la llamada el imputado desde un teléfono intervenido. En esos casos, esa grabación debe ser destruida, y en ningún caso el contenido de la misma podría acceder al proceso penal, sin perjuicio de que la destrucción de la cinta y la valoración de la irrelevancia de su contenido se sometan al control judicial que ha de existir en el desarrollo de toda diligencia de escucha.

En suma, la relación de confidencialidad abogado-cliente ha de quedar protegida frente a la diligencia de interceptación telefónica. Compete al legislador regular el concreto modo de articular esa protección, bien mediante una prohibición genérica de intervención de los teléfonos del despacho profesional de un abogado, o bien autorizando esa interceptación pero excluyendo la grabación de las conversaciones que afecten a la relación de confidencialidad. Naturalmente, esas limitaciones serían aplicables en los casos en que el abogado sea un tercero, pero no cuando el propio abogado fuera el sospechoso o imputado.

### 3.2. LA PROFESIÓN MÉDICA Y EL SECRETO PROFESIONAL

El secreto médico, protegido en el ámbito jurídico penal —art. 199.2 CP— cumple el objetivo de “posibilitar una relación terapéutica eficaz basada en la veracidad y en la confianza, de manera que, sin su garantía el paciente no suministraría informaciones relevantes para su diagnóstico y tratamiento”<sup>89</sup>. Pero el secreto profesional médico no es sólo un cauce de protección de la intimidad del paciente, sino que contribuye al desarrollo de una función social que supera el ámbito individual: sirve a la promoción de la salud pública y al desarrollo de la investigación científica en este ámbito.

Frente a esa valoración social, y consiguiente protección jurídico-penal del secreto profesional médico, contrasta la total ausencia de regulación en el ámbito procesal penal. La LECrim no toma en consideración la protección del secreto profesional médico, ni en relación con la dispensa del deber de declarar como testigo<sup>90</sup>, ni en relación con el deber de

denuncia. Respecto de este último no sólo no están eximidos de la obligación denunciar hechos presuntamente delictivos, sino que el art. 262 LECrim establece un expreso deber de denuncia para estos profesionales de los delitos que conozcan en el ejercicio de su profesión. Ello parece significar que el deber de secreto profesional cede sin excepciones ante el imperativo legal de colaborar con la Administración de Justicia.

A nuestro juicio, sin embargo, la especial relación de confianza que ha de existir entre paciente y médico, debería valorarse en el ámbito del proceso penal, tanto en relación con la declaración testifical como en relación con posibles diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Obviamente la intensidad de esa relación de confidencialidad puede ser muy diversa en función de la actuación médica desarrollada, así como del tratamiento o dolencia de que se trate: no es igual la historia clínica de un paciente que recibe tratamiento por la fractura de un dedo, que la historia de un paciente en tratamiento psiquiátrico o psicológico prolongado<sup>91</sup>. Esas diferencias explicarían que el secreto profesional del médico no gozara en todo caso de una protección plena frente a la investigación penal. Sin llegar a sostener que las conversaciones entre un médico y su paciente no pueden ser intervenidas en el seno de un proceso penal, en atención a la necesidad de proteger la relación de confianza entre el médico y el paciente, creo que aquí debería valorarse con especial atención el principio de proporcionalidad. En todo caso, una cuestión es clara: es preciso que la ley procesal regule los diversos supuestos en que el secreto médico que da protección a esta especial relación de confianza, debiera en su caso prevalecer frente a los fines del proceso penal.

### 3.3. LOS PERIODISTAS

El derecho a la libertad de expresión y de información es un elemento esencial en toda democracia y parece incuestionable que ese derecho constitucional acoge el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información<sup>92</sup>. En este caso, el deber de colaborar con la Administración de Justicia cede ante la necesidad de salvaguardar el derecho

<sup>89</sup> M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, cit., pág. 25.

<sup>90</sup> Acerca de la problemática del secreto médico y su falta de regulación legal clara vid. E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional*, “La Ley” 1983-1, págs. 1.134-1.145; S. MUÑOZ MACHADO, *El secreto médico*, RAP núm. 79, 1976, págs. 163-213, en especial, 182 y siguientes. M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, cit., págs. 23 y ss.

<sup>91</sup> Para M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, cit., pág. 33, al regular la exención del deber de declarar como testigos, la LECrim “pone de manifiesto la discriminación del médico, respecto a eclesiásticos, funcionarios y el resto de profesionales —especialmente el abogado— por el distinto tratamiento procesal que reciben, cuando es, al igual que en estos casos, confidente necesario, presidida su obligación de sigilo por la nota de «imprescindible» de su profesión”.

<sup>92</sup> Por todos, vid. M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid 2001, págs. 51 y ss., y la amplia bibliografía allí citada; vid también A. DEL MORAL GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 21.

fundamental a recibir y comunicar libremente información, para lo cual se considera que el informador debe poder mantener en secreto sus fuentes de información. La falta de desarrollo legal del art. 24.2 CE, sin embargo, deja abierto un margen de incertidumbre en cuanto a los límites concretos del secreto periodístico, no siendo sencillo concluir cuál es su alcance, es decir, a qué informaciones afecta y si debe ceder ante casos especialmente graves, bien por la gravedad del hecho punible o bien por la complejidad de la investigación. Aunque el secreto periodístico no esté contemplado en la LECrim entre los supuestos de dispensa del deber de declarar como testigo, parece que la aplicación directa del art. 20.1 d) CE, como norma especial frente al art. 24.2 CE, y en tanto la ley no configure unos límites concretos, permite concluir que están eximidos del deber de declarar como testigos, al menos en lo relativo a sus fuentes de información.

No hemos encontrado en nuestra doctrina ninguna referencia a la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas de los periodistas, pero no es difícil advertir que el secreto periodístico podría quedar afectado si se obtuvieran mediante interceptación telefónica aquellos datos que no pueden llegar a conocerse a través de la declaración del periodista que hace valer su derecho a no revelar sus fuentes de información. No podemos llegar a afirmar que deba existir una prohibición legal absoluta para adoptar la intervención de las comunicaciones telefónicas entre el imputado y el periodista. Pero, teniendo en cuenta que esa medida puede incidir en el acceso por parte del periodista a sus fuentes de comunicación, ese obstáculo a la libre comunicación debido a la intervención telefónica afectaría en último extremo al derecho a la información. Por ello, aquí nuevamente ha de valorarse de manera más estricta el respeto del principio de proporcionalidad en la adopción de la diligencia sumarial.

## VII. CONCLUSIONES

Las diligencias sumariales restrictivas de derechos fundamentales requieren para su lícita adopción una base legal expresa y clara. A pesar de los esfuerzos realizados por la jurisprudencia, esa base legal es claramente insuficiente en lo que se refiere a la adopción de la medida de escuchas telefónicas y la afectación de los derechos de terceros, faltan pautas y normas claras en cuanto a la delimitación de en qué casos y bajo qué condiciones pueden intervenir comunicaciones mantenidas con determinados terceros. La afectación de derechos de terceros por la adopción de la diligencia de intervención telefónica es inevitable por la

propia estructura de la comunicación. Ya es grave que se escuchen y se graben conversaciones de terceros que nada tienen que ver con un proceso penal, salvo el establecimiento —casual o no— de una conversación telefónica con el imputado. Pero parece que esa intromisión en la esfera del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha de ser tolerada en aras de la eficacia de la investigación penal. Falta, sin embargo, en este ámbito una clara regulación acerca del destino de esas grabaciones, el uso específico que se les puede dar, y en su caso, la notificación de la misma al afectado, una vez que ello sea posible sin perjudicar el fin de la investigación en el seno del proceso penal.

Pero, aun siendo preocupante el hecho de que cualquier ciudadano puede estar sometido a una grabación de sus conversaciones con un posible imputado, sin llegar a tener nunca conocimiento de ello, en este trabajo hemos intentado llamar específicamente la atención sobre la problemática que se suscita en torno a la intervención de las comunicaciones telefónicas que pueda afectar a especiales relaciones de confianza merecedoras de una específica protección jurídica. Al respecto resulta urgente regular clara y pormenorizadamente el ámbito de las relaciones de confianza o confidencialidad que merecen una protección específica frente a la diligencia de escuchas telefónicas. Dicho de otro modo, el legislador debe señalar frente a qué sujetos queda excluida la posibilidad de acordar la medida de intervención telefónica y, en su caso, cómo ha de procederse en el caso de que casualmente las conversaciones con alguno de los sujetos excluidos quedaran interceptadas. Sin ese desarrollo legal, considero que actualmente existen argumentos suficientes para sostener que la regulación de la intervención telefónica respecto de alguno de estos terceros, no cumple las exigencias establecidas por el TEDH en relación con el art. 8 CEDH.

En definitiva, si la adopción de cualquier diligencia restrictiva de un derecho fundamental requiere en todo caso ajustarse, entre otros requisitos, al principio de proporcionalidad, cuando esas medidas de investigación en el seno del proceso penal afectan además a terceros y a relaciones de confidencialidad protegidas jurídicamente, la opción legislativa es la siguiente: o excluir la posibilidad de intervenir las conversaciones con los sujetos cuya relación confidencial el ordenamiento jurídico protege; o bien, establecer cautelas y requisitos especiales para la adopción de la medida, de tal manera que se vea respetado el principio de proporcionalidad. Salvo los casos en que hemos concluido que la diligencia de escuchas debe estar sometida a una prohibición absoluta, corresponde al legislador ponderar en qué supuestos deben ceder los instrumentos de la investigación penal para preservar relaciones de confianza y confidencialidad que desempeñan una relevante función social amparada por la

Constitución. Hacemos aquí nuestro el deseo que expresara Beling hace algo más de cien años, refiriéndose a la exoneración del deber de declarar como testigo: ojalá consiga el legislador encontrar en la balanza de la justicia el adecuado equilibrio entre los diversos intereses enfrentados en el proceso penal<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Darmstadt 1903, pág. 40: "Möge es dem Gesetzgeber gelingen, für die Abwägung der durcheinander wirrenden Interessen auf der Waage der Themis die richtigen Gewichte zu finden!".